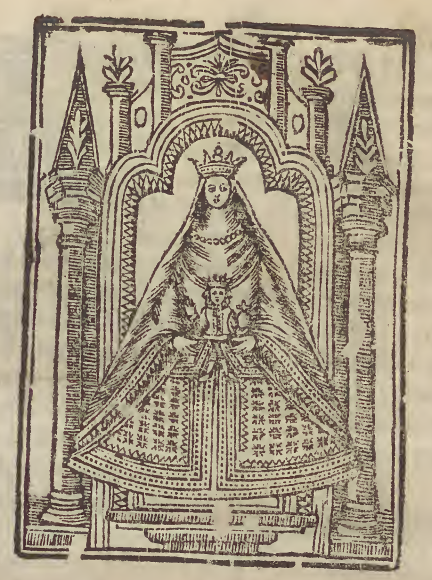


10

P O R

DON FERNANDO GUTIERREZ de Veas, à cuyo cargo estàn por arrendamiento la Alcabala, y cientos de tributos, y heredades de esta Ciudad, su Alxarafe, y Ribera.

En el pleyto executivo que se sigue por el Convento de Monjas de Santa MARIA del Socorro de dicha Ciudad.

CONTRA

Don Luis de Araus, sobre los corridos de vn censo, en que pretende se le haga pago de dos mil docientos y ochenta y ocho reales, que monta la Alcabala, y cientos de la adjudicacion de las medias casas en Calle Francos.

N. 1. EL HECHO DE ESTE PLEYTO se reduce, à que aviendo seguido autos executivos el Convento de Monjas de el Socorro contra bienes de Don Luis de Arause, y Doña Ana Maria de Castañeda su muger, por las decursas de vn censo de mil ducados de principal, y obtenido diferentes sentencias de remate, y aviendose embargado tres medias casas en calle Francos, fincas del censo, y aviendo se sacado à el pregon se apreciaron, y remataron en Antonio Lorenço en veinte y cinco mil reales de vellõ, con diferentes condiciones, y aviendose aprobado el remate por el Juez ordinario, se diò despues por nulo, por no averlo afiançado el comprador.

2. Y despues de lo referido se formò competencia de otro pleyto executivo, que se seguia contra los mismos bienes por Don Thomàs de Vivas Galindo, Capellan de la Capellania que fundò Juana Dominguez Adorno, sobre la cobrança de los reditos de otro censo de ochocientos ducados de principal, y aviendose acumulado, y pretendidose pago, y prelacion por ambos acreedores, huvo auto del Juez ordinario, en que prefiriò en el valor de las casas, à el dicho Convento, y aviendose apelado se revocò por la Sala, y se mandò pagar primero á la Capellania, y por passado en cosa juzgada el auto en que se diò por nulo el remate, en dicho Antonio Lorenço, y por no aver avido ponedor, se pidiò adjudicacion por el dicho Convento de las dichas tres medias casas, con el cargo de reconocer el censo á la Capellania, y pagar los reditos que se debiessen, y se mandò hazer liquidacion, y aviendose executado en la conformidad de el auto, y baxadose del precio de las casas los dos principales de los sensos, se liquidaron para la paga de la Alcabala, y cientos dos mil docientos y ochenta y ocho reales, que le tocaban à Don Fernando Gutierrez de Veas Recaudador de estos derechos.

3. Aviendose presentado la liquidacion se expressa el

el agravio por el Convento, pretendiendo, que no se debe pagar dicha cantidad, alegando que de las adjudicaciones, no se debe Alcabala, y cientos, por no disponerlo la ley, y que no se debia estender de caso, à caso, y que no era contracto, porque en los juizios no se contraìa propriamente; y que la practica de esta Real Audiencia estava en contrario; pues nunca se avian pagado de las adjudicaciones tales derechos, ni los Relatores en las liquidaciones que avian hecho, los avian liquidado.

4. Y para justificacion presentò testimonios de quatro pleytos de Acreedores, en que se hizieron diferentes adjudicaciones de bienes, para lo qual se hizieron liquidaciones, y aviendo quedado en el valor de ellos residuo baxados los tributos, y cargas, no consta por ellos, se liquidasse Alcabala, ni cientos, ni que el Arrendador saliesse à los autos, pidiendo que se le pagassen.

5. Y por el dicho Don Fernando se ha pretendido, que se apruebe la liquidacion, y que se le manden pagar los dichos derechos, por dezir, que adjudicacion es venta, y por tal se reputa en disposicion legal, y que conforme á la ley, de todas las ventas se deben cobrar, y que en los mismos terminos estava executoriado por autos de vista, y revista del Real Consejo de Hazienda, y lo mismo estava mandado por esta Real Audiencia, aunque esta materia no se debia governar por exemplares, practica, ni estilo; pues ademas de no estar vniformemente observada, avia otros exemplares en contra, y que en materia de Alcabalas, ni aun la possession immemorirl era bastante conforme à derecho para eximir de la paga.

6. Presentose por el dicho Don Fernando testimonio de la executoria de el Real Consejo de Hazienda, donde consta, que aviendo seguido autos el dicho Don Fernando, ante el Superintendente de esta Ciudad contra la Marquesa de Dos Hermanas, sobre la cobrança de mil setecientos y cinquenta y quatro reales, que montaron los derechos de Alcabala, y cientos de la adjudicacion de vnas casas, en que aviendose despachado execu-

cion

cion por dicha cantidad por el señor Don Joseph Romero, Oydor de esta Real Audiencia, y citadose de remate, se denegò despues la sentencia de remate, y se revocò la execucion por el dicho Superintendente con parecer de Don Geronimo Pessio, Fiscal de su Magestad de esta Real Audiencia; y aviendose apelado à el Consejo, por autos de vista, y revista se revocò, y se sentenciò la causa de remate, y se mandò hazer el pago.

7. Y por otro testimonio consta que en autos que se siguieron en esta Audiencia en la otra Sala por Don Joseph Antonio de Conique contra Doña Margarita Rizo de Chazarreta sobre la cobrança de diferentes cantidades, aviendose hecho adjudicacion insolutum de vn oficio de Veintiquatro se liquidò, la Alcabala, y cientos, que montó 924. reales vellon, la qual, se mandò pagar á dicho Don Fernando, y con efecto la cobrò.

8. Por otro testimonio consta que aviendose intentado autos, por el dicho Don Fernando contra Don Miguel de Hoyos, Cavallero del Orden de Santiago, sobre la cobrança de 1339. reales de la Alcabala, y cientos de la adjudicacion de vnas casas, aviendose despachado execucion por el Assistente con parecer del señor Don Joseph Romero, se pagò la cantidad à Don Fernando de que està presentado recibo; y por èl mismo consta, que por dicho señor Oydor se despachò otra execucion contra Don Manuel Antonio Sarmiento, marido de Doña Maria de la Encarnacion por cantidad de 2690. reales de la Alcabala, y cientos de otra adjudicacion; y se le embargaron bienes à el deudor.

9. Este es el hecho puntual de los autos, y para la inteligencia de las questiones de derecho que de èl resultan se dividirà este papel en tres articulos.

10. En el primero se referirà la opinion, y sentencia de los Autores, que llevan, que de la adjudicacion insolutum no se debe pagar Alcabala, y los fundamentos, y razones, juridicas, en que se fundan.

11. En el segundo, se expressaràn los que llevan la opinion contraria, de que se debe pagar Alcabala; y sus

 funda-

fundamentos; y assi mismo se fundarà ser esta la opinion mas verdadera, y conforme à derecho, y leyes del Reyno, y la que se debe seguir in iudicando, & consulendo.

12. Y en el tercero se darà solucion, y respuesta à los fundamentos, y objecciones de la opinion negativa; para que no quede dudosa en nada la afirmativa.

ARTICULO PRIMERO.

13. SIendo, pues, la question de este pleyto meramente de punto de derecho, en que no puede aver, el peligro que puede aver en otros, que consisten en hecho, à que estàn expuestos los mayores Juezes, como lo dixo la *l. 2. ff. de iuris, & facti ignorantia; nam factum Prudentissimos quoque fallit.* Y considerando que los señores Juezes, que han de determinar este articulo, tienen previstas todas las questiones de derecho, que nacen de él, vt refert Vsualdus ad Donelum *lib. 22. communium cap. 8. littera* y. ibi: *Quando in consistorio Principis lis agitatur, nulla iuris quæstio, tam ardua, quæ altioris indaginis censeatur, ob Senatorum expectatam iuris peritiam.* Y no dependiendo esto de su arbitrio, como lo dixo el Jurisconsulto Papiniano in *l. in ordine 15. ff. ad municipalem. Cum facti quidem quæstio sit in potestate iudicantis, iuris autem autoritas non sit.* Y lo mismo conviene la *l. 1. §. quorum, ff. ad Senatum Consultum Tertulianum. Nam vt Papinianus respondit, facti quidem quæstio, in arbitrio iudicantis, penæ verò persecutio, non eius voluntati mandatur; sed legis autoritati reservatur.* Y siendo la question presente tan dificultosa, dudosa, y controvertible entre los Doctores, y que pro vtraque parte, ay diversidad de pareceres, y sentencias, serà precisso antes de expressar los fundamentos de ambas partes, hazer algunos supuestos, que dèn luz, è inteligencia à el conocimiento de la opinion verdadera, y justicia que le assiste á el dicho Don Fernando en su pretension.

14. Para lo qual, se supone que esta materia de Al-

cabalas

cabalas, y el derecho de su contribucion, no fue conocido, ni se haze mencion en el derecho comun, civil, ni canonico, leyes de partida, fuero, ni estilo; porque tuvo su origen, y fue su creacion en tiempo del Rey Don Alonso el Onzeno, que otros llamaron el Duodezimo, el año de 1342. y á los principios de su concession fue, y se pagaba la vigessima parte, que despues se minorò à la dezima, año de 1366. en tiempo del Rey Don Enrique vt refert Lazart. en el tratado especial que escriviò *de decima venditionis in præfatio num.* 22. y se govierna por leyes municipales del Reyno, que estàn recopiladas en el *tit.* 17. *lib.* 9. *recop.* Donde està establecido de què contratos, y cosas, y qué personas deben pagar esta contribucion, y la cantidad, y forma de paga, y su arrendamiento, y recaudacion, y orden judicial, que se debe tener en sus causas, y negocios.

15. Deinde se supone que por la *l.* 1. *tit.* 17. *lib.* 9. *recop.* se dispone que los vendedores paguen la Alcabala, de todo el precio, porque vendieren, y de ello, se cobre de cada diez, vno, y por la *l.* 2. *eodem tit.* que por quanto las ventas, y trueques se deben juzgar por vna misma cosa, se ordena, que de todos los trueques, que se hizieren de vnas cosas, à otras semejantes, y no semejantes, quier intervenga en ello dinero, ò no, que de todo se pague Alcabala à nuestro Arrendador, siendo cada vna cosa apreciada por lo que vale; y aunque solo hablan estas leyes de ventas extrajudiciales, trueques, y permutas, se debe entender lo mismo de las ventas judiciales, que se hazen por mandado de Juez, en publica sub hastacion, como se prueba de la *l.* 9. *tit.* 11. *lib.* 5. que es oy la 70. *de Toro*, que haze mencion de estas ventas judiciales. Y assimismo de la *l.* 5. *tit.* 18. *lib.* 9. por lo especial de mandarse en ella, que de las cosas vendidas, ratione Bullæ Cruciatæ no se pague Alcabala; y es doctrina de Lazart. y Gutierr. *cap.* 23. *num.* 11. y de Azebed. *in dicta leg. num.* 26. con otros, que refieren, que de las ventas judiciales, se debe alcabala, y solo hazen diferencia de las extrajudiciales, que de estas, se debe luego, que se perfi-

ciona

ciona el contrato, aunque no se ayan entregado los bienes, ni pagado el precio, y de las judiciales hasta tanto que se aya tomado possession, y amparo, con que queda transferido el Dominio, & ita Azeb. in *d. l.* 1. *tit.* 17. *lib.*9. *num.*133. & Gutierr. *in dicto cap.*23. *n.*12.

16. De super, se supone, que las ventas, y enagenaciones judiciales son en dos maneras; vnas necessarias, y otras voluntarias, son necessarias quando proveniunt à causa necessaria, como es quando se confisca, ò se obliga à que venda por publica vtilidad; y la voluntaria quando tiene origen voluntario dependiente de la voluntad de el deudor, scilicet quando la enagenacion es para pagar deuda, aunque sea por mandado de Juez; y assi haze esta distincion Noguerol. *allegat.* 29. *num.* 241. ibi: *Nam alienatio es necessaria quando habet originem necessarium ad debitoris voluntatem independentem, veluti quando res confiscatur, aut propter vtilitatem publicam aufertur; sed quando alienatio licet fiat reluctante debitore habet originem voluntarium, quando scilicet bona eius venduntur pro soluendis debitis, quæ contraxit, tunc hæc alienatio dicitur voluntaria inspecto initio.* Y trae en comprobacion de lo referido à Baldo, Tesauro, Franquis, Gutierrez, Riccio, Amato, Mieres, Giurba, Mesano, y Cencio *de censibus part.*2.*cap.* 2. *q.* 1. *art.* 4. *nu.* 26. & 27. vbi *dicit quod non est alienatio necessaria, quæ fit ad debita persoluenda*; y además de los referidos prueban esta misma distincion D.Gregor.Lop. Matienso, Azebedo, *in leg.* 6. *tit.*11. *lib.* 5. *n.* 4. & 5. Don Francisco Ziriaco, *controuersiarum* 163. *n.*40.

17. De la venta, y enagenacion voluntaria todos los Autores convienen que se debe la alcabala. De la necessaria es quæstionable, y la opinion negativa la defienden Montalvo, Abendaño, Parladorio, Matienso, y Villadiego; y por la afirmativa están Lazarte *cap.* 19. *num.* 100. cum seqq. donde haze cierta distincion, y Gutierrez *pract. quæst. lib.*8. & *de Gabellis cap.*22. donde trae los modos, y diferencias, que ay de ventas necessarias, y coactas, que vna, y otra opinion refiere Hermosilla *in l.* 3. *tit.* 5. *part.* 5. *gloss.*6. *per totam.*

Item

18. Item, se presupone que esta venta, y enagenacion voluntaria ad debita persoluenda puede ser de dos maneras; la vna, quando precediendo pregones, y aprecios, y demàs solemnidades de derecho se haze remate en vn tercero, ò en el mismo Acreedor, como en mayor postor *ex leg. à D. Pio, §. si pignora, ff. de re iudicata*; con la advertencia de poder comprar el Acreedor por si, ò por interposita persona, haziendo esta declaracion á favor del Acreedor, por estar assi permitido por derecho, porque la prohibicion de la *l. & quid sunt imagine, C. de distractione pignorum*, solo tiene lugar quando el Acreedor vende iure creditoris, por tener los bienes, por prenda convencional; pero en la pretoria, y judicial, no subsiste esta prohibicion, vt ex pluribus tradit el señor Olea *tit. 5. q. 13. ex num. 7. cum seqq.* Y la otra enagenacion judicial voluntaria es quando en defecto de comprador, ò aviendo, y no dando la cantidad de el aprecio, que es lo mismo que sino lo huviesse, *ex leg. 2. C. si in causam iudicati pignus captum sit. Nam paria sunt, non reperiri emptorem ac iustum prætium non offerre*, vt tradit Hermosi. *in leg. 52. tit. 5. part. 5. gloss. 6. num. 5. & 14. D. Salg. in lab. 1. part. cap. 22. num. 5.* y entonces se adjudica insolutum á el Acreedor en pago de su credito vt disponitur *in dicto §. si pignora*, ibi: *Si pignora, quæ capta sunt emptorem non inueniant, rescriptum est; vt addicantur ipsi, quis condemnatus est; addicantur vtique ea quantitate, quæ debetur, &c.* & hoc verbum *addictio*, aunque su sentido riguroso es remate; se tiene por la palabra *adjudicatio*, y assi lo entiende la glossa de Acursio, y los Interpretes de el derecho civil.

19. Presuponese tambien que esta addicion, ò adjudicacion in solutum puede hazerse en dos maneras; la vna quando el Acreedor pide se le haga adjudicacion precediendo aprecio, en la concurrente cantidad de su credito, que en este caso, le queda recurso para cobrar la demasia, no alcançando á la deuda el valor de los bienes, ò en caso de exceder à la cantidad de la deuda pagar á el Deudor la demasia, ita Hermosilla cum pluribus *dicta leg. 52. tit. 5. part. 5. ex num. 14. cum seqq.* Y la otra es

 quando

quando ſimpliciter, y ſin preceder aprecio, ſe daban, y entregaban los bienes á el Acreedor, que en eſte caſo, como lo conſintieſſe expreſſa, ò tacitamente, no podia pedir la demaſia. Eſta diſtincion la explica claramente el miſmo §. *ſi pignora*.ibi: *Addicantur vtique ea quantitate: quæ debetur. Nam ſi creditor maluerit pignora in creditum poſſidere iſque eſſe contentus, reſcriptum eſt, non poſſe eum quod amplius ſibi debetur petere, quia velut pacto, tranſixiſſe de cætero videtur, qui contentus fuit pignora poſſidere, nec poſſe eum in quantitatem certam pignora tenere, & ſuperfluum petere*; y de eſte conſentimiento expreſſo, ó tacito de el Acreedor dize D. Salg. *in 3. part. cap. 2. ex num.* 94. cum ſeqq. donde exornò eſte texto, que le quedaba cerrado, el camino de poder pedir la demaſia; aunque eſta adjudicacion no eſtà en vſo, como refiere Hermoſilla *in leg.* 56. *tit.* 5. *part.* 5. *num.* 103.

20. Pero eſta adjudicacion del §. *ſi pignora*, para que tuvieſſe lugar, era neceſſario conſentimiento de el acreedor, porque contra ſu voluntad, no ſe le podia adjudicar, por la prohibicion de la Regla general, *aliud pro alio in victo creditore ſolui non poterat ex leg.* 2. §. *mutui datio, ff. de rebus creditis*, la qual limitò, y corrigiò el Emperador Juſtiniano por la *auth. hoc niſi debitor, C. de ſolut.* por la qual diſpuſo, que etiam invito creditore pudieſſe el Juez hazer la adjudicacion concurriendo los requiſitos que previene la miſma Authentica, que ſon quatro, como refiere Parladorio; y Gutierr. los reduxo á cinco en lo de *iuramento confirmat*, 1. *part. cap.* 29. *per totum*, que refiere D. Salg. *in lab.* 1. *p. cap.* 22. *n.* 2. donde dize que la Authentica es limitacion de la regla general aliud pro alio, y que la conſtitucion de ella ſe introduxo en beneficio de los deudores, para evitar las acerviſſimas moleſtias de los acreedores, que los oprimian *ad carceres ſubeundos, & ad ignominioſam ceſſionem bonorum faciendam*, como lo refiere al *num.* 13. *cap.* 22. y que eſta diſpoſicion del Authentica no tenia lugar en acreedor del cenſo conſignativo por ſer condicional, y no poder obligar à el deudor à la redempcion de la ſuerte principal por ſer contra la

natu-

naturaleza de el contracto, y la constitucion de San Pio Quinto de que aya de ser in pecunia numerata, y no in especie; cuya doctrina se limita en el juizio vniversal de acreedores, que entonces se puede pedir no solo las decursas, sino la suerte principal ex ratione *leg. quæsitum, ff. de pignoribus*, vt tradit Olea *tit.*4. *q.*3. *n.* 36. y en este caso es valida la redempcion *data especie pro pecunia, quia loco solutionis habetur*, vt tradit Cenc. *de censib. quæst.* 108. *per totam*, Feliciano *de censib.* 2. *part. lib.* 1. *cap.* 4. *per totum*, que latissimamente trata esta materia, y trae en su comprobacion muchos Autores, y decisiones de la Rota, y D. Salg. *d. cap.* 22. *per totum*, donde refiere otros que llevaron la opinion contraria, aun en terminos de concurso, y juizio vniversal, componiendola con la distincion que haze al *num.* 21. Siendo digno de notar, que el remedio de la Authentica solo tiene lugar en las deudas, que proceden de mutuo, ó otros contractos, pero no en los de censo, como lo trata latissimamente Guzman *de euictionibus q.* 22. *per totam*, sino es en caso de que el acreedor consintiesse la adjudicacion, ò estuviesse formado concurso de Acreedores, que en este caso, etiam invito creditore, debe recibir el principal de el censo.

21. Lo vltimo se supone, que la dacion insolutum tambien puede ser en dos maneras; la vna extrajudicial facta à parte, seu à debitore; y la otra judicial facta à iudice; la primera se executa quando de voluntad de el mismo deudor, y acreedor, se le dá en pago bienes estimados, que valgan la misma cantidad de la deuda, ita Matienzo *in leg.* 6. *tit.* 11. *lib.* 5. *glossa* 1. *num.* 1. Y la segunda quando en defecto de no pagar el deudor, pro illo debito pecuniario, le dà, y entrega bienes bastantes el Juez quæ dicitur adjudicatio, y esta puede ser consentiente creditore ex *d.* §. *si pignora*; ò invtio ipso creditore ex beneficio *Auth. hoc nisi debitor*, ita Matienzo, & Azebedo, *in leg.* 6. *tit.* 11. *lib.* 5. *num.* 4. *cum alijs*; y vna, y otra, siendo para pagar deudas, es venta, y enagenacion voluntaria, como queda fundado á el *num.* 16. de este papel. De la primera dacion que es extrajudicial todos convienen,

ex-

excepto Parladorio, que se debe, y causa alcabala. De la segunda es la duda, y controversia entre los Autores, *& hoc opus, hic labor est, in vestigare.*

22. La question, y controversia que ay en este pleyto, se reduce vtrum de esta adjudicacion insolutum *ex d. §. si pignora*, que se haze, *consentiente creditore, vel inuito ex d. Auth. hoc nisi debitor*, se deba pagar la alcabala. Tocaron esta question assi Authores Regnicolas, en terminos de alcabala, como los exteros en materia de laudemio, que corre, con las mismas reglas, *quia de vno ad alterum est frequens argumentum* vt tradit Felic. *de censib. lib. 2. cap. 2. num.* 14. y con otros Authores Herm. *in leg. 3. tit. 15. part. 5. glossa 6. num. 4.*

23. Defienden la opinion negativa de que no se debe laudemio, Vetarquinio *in tractatu de gabellis* 3. *membrana* 8. *part. q. 4. n. 9.* y en materia de alcabalas, Parladorio *rer. quotid. cap. 3. §. 2. num. 29.* Lazarte, *cap. 7. num. 54.* Gutierrez *de gabellis q. 23. num. 9.* cum seqq. Pax *in praxi 1. tom. 4. part. cap. 7. num.* 13. Rodriguez *de execut. sententiæ cap. 6. num. 39.* P. Thom. Sanch. *concil. moral. lib. 2. cap. 4. dub. 26.* D. Salg. *in laber. 3. part. cap. 11. num. 12.* Todos los quales afirman, que de la adjudicacion insolutum no se debe, ni causa alcabala. Y porque los fundamentos, y razones, en que se fundan, no son vnas mismas, pues cada vno discurre razones diversas, se expressaran sigillatim la que cada vno dà para fundar su opinion para que à su tiempo, y en su lugar se le dè respuesta, y satisfacion.

24. In primis Parladorio funda su parecer, en que la adjudicacion no es contracto, porque esta se celebra en los juizios donde conforme à derecho no se contrae, sed quasi contrae *ex leg. 3. §. idem scriuit, ff. de Pecul.* y con este mismo fundamento lleva Vetarquinio, que no se debe laudemio, con el qual se conforma Parladorio.

25. Lazarte (aunque reprueba el fundamento de Parladorio es del mismo sentir de que no se debe alcabala) y la razon en que se funda es, que la adjudicacion no es venta necessaria, ni voluntaria, sino vna paga necessaria

ſaria, ſin voluntad, y conſentimiento de las partes, la qual obra ſolo el diſolver, y extinguir la obligacion contraìda, por ſer eſta la mente, è intencion del que paga, y recibe, de lo qual no puede reſultar, otro acto, ni venta; ibi: *num 56. Itaque ſi quæras cur ex adjudicatione bonorum creditori facta gabella non debetur, cũ tamen debeatur ex ſubhaſtatione publica, aiunt, vt prædicta adjudicatio eſt quædam neceſſaria ſolutio vnius pro altero præter voluntatem partium ex neceſſitate negotij contingens; ac proinde non poteſt aliqua, ſiue voluntaria, ſiue neceſſaria venditio reſultare ex ea ſolutione*; y para apoyar eſta razon la comprueba con el texto en la *l. ſi pignora, 29. verſ. non idem, ff. famil. erciſcundæ*, donde hablando el Conſulto de la adjudicacion, y compra, dize, que ſon coſas diverſas, y que la adjudicacion es neceſſaria, y la compra voluntaria; ibi: *adjudicatio neceſſaria eſt & emptio voluntaria*, de que infiere que la adjudicacion no es compra, ni venta.

26. Deſpues de Lazarte tocò la queſtion Gutierrez en la 23. *de gabellis*, y aviendo aſſentado por cierto *in cap. 21. num. 6.* que ſolamente de los contractos de venta, y permuta ſe debe alcabala cõforme las *ll. 1. y 2. tit. 17. lib. 9. recop.* y no de todo genero de enagenaciones, ſino es que en fraude de pagarlas ſe fingieſſe, ò celebraſſe otro contracto. Y en el ſiguiente 22. aviendo movido la queſtion, ſi de la venta neceſſaria ſe debia pagar, y referido la opinion negativa, y ſus fundamentos deſde el *num. 1.* haſta *el 6.* y los tres modos que ay de ventas neceſſarias, ò coactas, el primero quando huvo principio voluntario, como ſon los contractos entre las partes, en cuya execucion ſe executa la venta por el Juez. Y el ſegundo quando ſe compele à la venta en tiempo de neceſſidad para abaſto de la Republica, ò por otra cauſa publica, que eſta compulſion nace de la juſticia civil, y natural de la ley, que aſſi lo permite. Y el tercero de la venta que ſe executa por voluntad coacta, en que interviene miedo, y violencia, como ſuele ſuceder en algunos contractos, que otorgan mugeres caſadas, è hijos de familias; y aviendo reſuelto, con muchas razones, textos, y authorida-

D des,

des, que de todas estas ventas necessarias se debe alcabala de cuya opinion fue tambien Lazarte, como queda ya assentado en el *num.* 15. contra otros que llevaron la opinion contraria.

27. Y prosiguiendo Gutierrez este mismo assunto en el capitulo 23. passa á controvertir de la dacion voluntaria, ò necessaria, y aviendo tratado primero de la voluntaria, y ~~seguido~~ la opinion de Parladorio *lib. 1. rerum quotid. cap.* 3. §. 2. *num.* 30. y de Montalvo *in leg.* 13. *tit.* 10. *lib.* 3. *feri verbo por otra heredad*, que llevaron la opinion negativa, resuelve à el *num.* 4. que de esta dacion voluntaria se debe alcabala, porque por ella no solo se induce distrato, sino es de voluntad de las partes, ~~y tambien~~ se executa verdadera venta segun el texto en la *l. si Prædiũ, C. de euictionib.* y que assi se practica, y que de este sentir es tambien Lazarte, Gironda, y otros muchos, y que esto està aprobado en el Reyno de vna larga, y comun practica, y que siendo esta dacion de vna cosa por otra in specie se deben dos alcabalas, por ser permuta segun la *l.* 2. *tit.* 17. *lib.* 9. pero siendo pro debito pecuniario, solamente vna, y que es verdaderamente venta por concurrir los requisitos substanciales, y que en este contracto, tiene lugar el retracto de sangre, y abolengo, que dispone la *l.* 7. *tit.* 11. *lib.* 5. *recop.*

28. Y en el numer. 9. passa à questionar de la dacion insolutum necessaria, quæ fit autoritate iudicis como en el caso de la Authentica, y de la ley del Reyno que es la *fin. tit.* 21. *lib.* 4. quando en defecto de comprador se adjudican insolutum los bienes á el acreedor; y refiriendo la opinion de Vetarquinio, Parladorio, y Lazarte, y la contraria de Tiraquelo, y Gironda, à siente à la opinion de los primeros, por dezir que no es verdadera venta, sino adjudicacion por deuda; ibi: *Quia non est venditio, sed adjudicatio pro debito*, à diferencia del remate, que se haze por la subhastacion en vn tercero, ó en el mismo acreedor, como en mayor postor, que esta es verdadera venta; y se debe alcabala conforme à la *l.* 9. *tit.* 11. *lib.* 5. que es la 70. de *Toro*, no debiendose pagar hasta que se le aya

dado

+ repitado

dado possession, y amparo; desde cuyo tiempo corren los nueve dias para los dos retractos, el vno de Abolengo à el Pariente mas cercano, y el otro que compete à el mismo deudor para retraer los bienes dentro de tres dias si fueren muebles, ó raizes dentro de nueve, y aunque en esto no ay ley, ni texto, que assi lo disponga, ay la practica general del Reyno, como lo especifica Castillo en la *l.70.* de *Toro*, y en que vàn conformes Matienzo, Azebedo, Covarr. Lazart. que refiere el mismo Gutierr. al *num.*13.*d.cap.*23.

29. Exitò tambien esta question Pax *in praxi* 1.*tom.* 4.*part. n.* 13. donde afirma que de los bienes que se venden por execucion à el pregon se debe alcabala, como lo prueba la *l.9.tit.*11.*lib.*5. dando la razon porqué es verdadera compra, y venta. Y prosigue luego diziendo, en pero si los bienes executados se adjudicaren àel acreedor por su deuda, porque no huvo ponedor, entonces no se debe, porque no es propria venta segun la *l. si Prædium, C. de euitionib.* y la *l. fin. tit.* 27.*part.* 3. y que de esta opinion es Tiraq. y Parlad. Y luego prosigue diziendo, *sed licet hoc de iure sit, tamen Salmanticæ contrarium servatur.*

30. El P. Thomas Sanchez *Conc. mor. lib.* 2. *cap.* 4. *dub.* 26. muebe la duda, y refiriendo la opinion de Vetarquinio, y Parladorio, y assintiendo à ella, resuelve, que no se debe, aunque por diversa razon, y fundamento, y el en que se funda es, que los estatutos, y leyes del Reyno, no hablan, ni en ellos se comprehende la adjudicacion, y que la opinion contraria la lleva Greg. Lop. en la *gloss. à la ley* 55. *tit.* 5. *part.* 5. *verbo vender*, que otro ningun Autor lo citò.

31. Amador Rodriguez de *execut. sententiæ cap.* 6. *num.* 39. exita tambien la question, y refiriendo vna, y otra opinion, y conformandose con Vetarquinio, Parladorio, Pax, y Lazarte, afirma, que en esta duda es la mas verdadera, y la que se debe seguir, con el fundamento de que no es verdadera venta conforme la ley *si prædium, C. de euitionibus*, y la *l. fin. tit.* 27. *part.* 3. Secus vero quando se vende en publica subhastacion, á vn estraño,

traño, ò al mismo acreedor, & non statim, sino despues de aver tomado possession, y amparo; porque hasta entonces no està perfecto el contrato, y poderse arrepentir pagando el deudor, como queda referido en el numero antecedente.

32. Tambien de esta materia hizo mencion el señor Salgado *in 3.part.lab.cap.11.num.12.vers. hactenus supra dicta*, donde refiere la doctrina de Lazarte, y que varonilmente defendiò la opinion de que no se debia alcabala, con el fundamento de que no era venta, y que esta opinion la siguiò Gutierrez en el lugar citado; pero no refiere Salgado la opinion contraria, ni tampoco dà assenso á la que refiere.

33. Estos son los Authores que llevan la opinion negativa, y las razones, y fundamentos, en que se fundan son los que vàn expressados, y por la opinion afirmativa se expressaràn los que la llevan, y sus fundamentos en el Articulo siguiente.

ARTICULO SEGUNDO.

34. LA opinion contraria la defienden Gironda en su tratado de gabell. 5. *part. in principio num.* 49. Abendaño *responsor.* 13. *n.*6. Azebedo à nemine relato *in leg.6. tit.*11.*lib.*5. *recop. n.*4.*&* 5. Herm.*leg.*52.*tit.*5.*part.*5. *glossa* 6. *num.*54. Valmaseda *de collectis q.* 71.*num.* 10. y en materia de laudemio de los exteros Alexandro *concilio* 306. Andres Tiraquelo *de retratu linagiel* §. 1. *glossa* 14. *num.*14. todos los quales afirman que de la adjudicacion insolutum, *quæ fit autoritate iudicis* se debe alcabala, y laudemio.

35. In primis Gironda al *num.* 47. *vbi supra*, moviò la question, y aviendo referido la opinion negativa, y sus fundamentos, resuelve, que oy por derecho Regio se debe alcabala, y al *num.*49. dize: *Sed nihil ominus hisce temporibus iure Regio atento in distinte tenendum putaui, quod ex adjudicatione facta à iudice ratione rei iudicatæ, vel de re*

addi-

addicta plus offerenti, vel vendita ad instantiam creditorum in publica subhastatione dummodo virtute obligationis guarentigiæ gabella debeatur, quia venditio voluntaria dicitur, quando quidem illud importent verba illius clausulæ guarentigiæ in instrumento appositæ: quia obligans se in contractu & instrumento ad aliquid soluendum consensum præstare videtur ad omnia quæ inde sequntur, argumento text. in leg. legatum & l. ad rem mouilem, ff. de Procuratoribus, & consensus semel præstitus in obligatione, vel sententia, & clausula guarentigia ob quam fit executio operatur, vt venditio; quæ fit, ad solutionem, voluntaria dicatur, quia consensus præstitus in prima causa durat in causa executionis, ita probat glossa in l. 3. §. sed vtrum, ff. de minoribus; & istud operatur illa mæra voluntas debitoris cuius solutionis iudex est mærus executor, vt in l. quierat, ff. famil. hærcisc. & in tali casu dicitur iudicem gerere negotium creditoris, & debitoris, per l. si pignora, ff. de euiction. l. si executor, ff. de negot. gest. nam factum iudicis censetur factum partis ex l. ob causam, C. de euiction. & num. 54. ait, *quod necessarium non dicitur, quod habuit principium voluntarium, & hac de causa de tali venditione gabella, & laudemium debetur*; con cuyas razones funda Gironda que la adjudicacion insolutum es venta judicial voluntaria, y que de ella se debe pagar alcauala.

36. Pedro Nuñez, Abendaño, *in* 13. *responsorum* exitò la question en terminos de emphiteusis, si vendiendose para pagar deuda por mandado de Juez se deba laudemio, decima, ò vigesima à el dueño de el directo dominio; y aviendo assentado por principio cierto, que solo el dominio vtil que tiene el emphiteuta, se puede enagenar, ò adjudicar por deuda con consentimiento de el dueño de el directo dominio, no queriendola por el tanto, en cuyo caso, resuelve que se debe laudemio, decima, y vigesima, fundandose en no aver diferencia, que la parte venda, ò el Juez en su nombre; ibi: *num. 6. Et ob id nil refert an pars vendat, vel iudex nomine partis, quia negligente debitore soluere debitum; si Iudex se interponit, vt impleat quod ille facere neglexerit, id debet seruari, quod seruaretur, si pars ipsa principalis venderet*; vt notat glos. *in clement. 1. de ellectione.*

37. Y á el *num.* 7. prosigue diziendo, que à esto no puede obstar, que de las ventas necessarias no se deba laudemio, ni decima; porque esto se debe entender de la necessaria, que proviene á iure, y no de la que procede à facto por razon de contracto, la qual no es necessaria, sino causativa, ò voluntaria por depender de la voluntad de las partes ab initio, y aunque despues son necessarias *ex regul. quod ab initio est voluntarum, ex post facto, fit. necessarium*, porque esta necessidad proviene *ex facto contrahentium, non à lege siue à iure*, y assi se tiene por voluntaria, y lo comprueba con muchas autoridades, y textos, y à el *num.* 9. dá la razon, diziendo, que no es enagenacion necessaria, *sed coactio ad vendendum, & solvendum creditori*; ibi: *Et quando debitore debitum non solvente Iudex vendit bona, & adiudicat ea, vel creditori, vel alteri emptori, illa venditio dicitur voluntaria, & volente debitore facta, nam rem illam habere videtur pro derelicto, cum igitur ac si prima voluntas debitoris cum eius res venditur, vt inde fiat solutio creditori, non potest dici alienatio necessaria, sed voluntaria, ac per conconsequens debetur ex ea laudemio, nam emptor quoque eiusdem rei, non dicitur necessariò vendere sed ex voluntate*, vt probat Cazaneus *in consuetudine vurgundiæ rub.* 10. §. 9. *num.* 4. y prosigue á el *num.* 10. *Igitur consensus semel præstitus in obligatione, vel in sententia, ob quam fit executio operatur, vt venditio, quæ fit ad solutionem dicatur voluntaria, procedens ex consensu præstito in contractu præcedenti, maxime in ijs contractibus, quibus dicitur, y que para la paga de ellos se puedan tomar de mis bienes, y aquellos venderse en publica almoneda. Et quamquam hoc no esse dictum, eo solo quod se obligauit, vel promissit soluere, iste consensus extenditur ad bonorum venditionem, quæ postea fit*; y comprueba todos estos fundamentos con textos, y autoridades que refiere à el *num.* 10.

38. Azebedo glossando la *l.* 6. *tit.* 11. *lib.* 5. *recop.* en las palabras; *quando los compradores son apremiados à comprar, y la vendicion, es contra la voluntad del vendedor*; la qual es vna de las limitaciones de la *l. invitum de contrah. empt.* que segun refiere el mismo Azebedo son mas de 80. que

despues

despues de Cobarrubias, y Antonio Gomez, refiere Hermosilla muchas de ellas, *in leg. 3. tit. 5. part. 5.* desde la *glos.* 1. hasta *la* 6. donde tratò latissimamente de la disposicion de dicha *ley in vitum*, por limitaciones, y sublimitaciones; y dize Azebedo, que esta ley no habla de las ventas que se hazen ad debita persoluenda, sino es quando se le obliga à el dueño á vender, y el comprador es apremiado á comprar, como en el caso de la *l.* 20. *tit.* 7. *lib.* 9. *recop.* la qual es venta, y compra necessaria, como quando, para pagar debitos fiscales, ò derechos Reales, no hallandose compradores se le obliga à vna persona rica à que compre, ò se le adjudica por el justo precio, precediendo tassacion, como lo dispone la dicha *l.* 20. y aviendo assentado que la dicha ley 6. habla solo en estos casos, y no quando el Juez vende para pagar deudas, ó adjudica, por la disposicion de la *l. à Diuo Pio*, §. *si pignora* de que es concordante la *l. fin. tit.* 27. *part.* 3. ò por el beneficio de la *Auth. hoc nisi debitor* de que es concordante la *l.* 3. *tit.* 14. *part.* 5. Y dà la razon, de que esta venta, no es necessaria, sino voluntaria, porque presupone principio voluntario de parte de el deudor, aunque despues sea necessario, el que lo cumpla; en cuyo caso resuelve que se debe alcabala, ibi: *Nam hæc voluntaria, & non necessaria dicitur alienatio ex eo quod præsuponit principium voluntarium, & vbi principium debiti, & sic eius primordialis obligatio fuerit volantaria ex parte debitoris, quantumcumque post appareat, necessaria, quia debitor tenetur eam implere, & ad hoc cogi potest, per iudicem ad petitionem creditoris, est ex eo, quia licet à principio contractus sint voluntarij ex post facto sunt necessarij. Non tamen quod ex hoc possit dici procedere à causa necessaria, sed à voluntaria, potius eo quod à lege non est inducta, vt inquiunt Abendaño resp.* 13. *num.* 6. *&* 7. *& Tiraq. de retractu linagi*, §. 1. *glossa* 14. *num.* 16. *& nouissime D. Didacus Lop. de Zuñiga in tractatu de voto quæst.* 2. *n.* 20. *Cumque à iudice compellatur debitor soluere, & creditor recipere, rem pro specie, & sic de tali adjudicatione procedente ex primo voluntario debetur gabella. Etiam si compulsione iudiciaria compulsus sit, quis recipere bona precio esti-*

æstimata, insolutione quantitatis debitæ, quod secus est in necessaria, quæ secundum dicta necessaria dicitur, provt quando quis, compelitur vendere rem Ecclesiæ, vel quando quis habet rem communem cum alio & alter agit ad diuitionem, & compelitur quis vendere partem suam socio, ita exemplificat Aben. respons. 13. n. 6. & 7. & Tiraq. vbi supra num. 16. Et sic videtur quod Matienzo male exemplificat nostram legem in alienatione necessaria proprie sumpta, itidem male asseuerat alienationem illam dici necessariam, quæ compulsione iudicis, ob penuriam debitoris nunmos non habentis, neque reperientis emptorem compellit Iudex creditorem capere, & recipere bona tassata, nam hæc non est necessaria, vt dixi. Et ideo ego legem nostram intelligo procedere etiam in venditione voluntaria, quæ tamen licet à principio voluntaria fuit, necessitate tamen venditoris non potentis soluere pecuniam, & itidem non reperientis bonorum emptorem cogitur debitor tradere bona creditori tassata, & appreciata æstimatione per æstimatores facta, & creditor ipse compellitur ipsa recipere, & ita videtur noster textus disponere dum contra voluntatem debitoris venditionem dicit esse faciendam, & emptorem compellendum emere; ita etiam everius hæc lex nostra meo videri intelligi potest quoties venditio hæc ex causa propria necessaria facta est, vtpote quia lege inducta, scilicet cum fiscus, & Regius Procurator tributa & reditus regios ab aliquo petit, & quia non habet nummos debitor, iudex iubet vendi eius bona eò tamen quod non reperitur bonorum emptor compelitur tertius aliquis diues bona emere precio per æstimatores publice tassato, vt disponetur leg. 20. tit. 7. lib. 9. in quo propie dicitur, alienatio, & venditio necessaria, non vero in illa in qua licet necessitas venditoris, & penuria emptoris cogat iudicem compellere, creditorem recipere bona tassata, non tamen est necessaria venditio, cum à principio inter creditorem, & venditorem ex voluntaria causa procedatur; si vero ex voluntario principio non procedunt, vt quando bona venduntur ad construendum locum religiosum, vel in simili causu gabella non debetur, neque laudemium, quidquid voluerit Parladorius dicens non deberi ex adjudicatione bonorum.

39. Despues de los referidos controvirtiò lo mismo

mo Hermosilla en la *l.52.tit,5.part.5. glos.7.* donde aviendo tratado en esta glossa de los quatro remedios, que le competen à el acreedor, para cobrar la deuda, que vno de ellos es el de la adjudicacion insolutum, y dexado assentado por cierto que la adjudicacion legitimamente hecha es venta, y se transfiere el dominio, al *num.* 54. resuelve, que de ella se debe alcabala, ibi: *Si vero in publica subhastatione virtute sententiæ addictionis plus offerenti (siue is creditor, siuè alius tertius sit) addicuntur; vel facta bonorum æstimatione creditori in concurrenti quantitate sui debiti dantur, gabella debetur, quia vera venditio contrahitur, & debitor tamquam si ab ipso facta fuisset de euictione tenetur.* La qual dize que no se debe luego, sino despues de aver tomado possession, y amparo segun la doctrina de Azeb. Gutierr. y otros, sino es en caso que antes la aceptasse el acreedor, y consintiesse en la adjudicacion.

40. Y aunque el mismo Hermosilla à el numero antecedente 53. de la misma glossa dà à entender lo contrario, diziendo, que de la adicion, ò adjudicacion, que se haze á el acreedor, no se debe alcabala; ibi: *Quando bona debitoris, quæ pro executione capta sunt creditori addicuntur iusta formam d. l. à D. Pio, §. si pignus, &c. gabella non deberi, quia tunc non fit venditio, sed adjudicatio pro debito.* Però no se opone en nada á nuestro intento, porque en dicho num. no habla de la adjudicacion rigorosa que se practica; sino es de la adicion, ò adjudicacion que se hazia á el acreedor *ex §. si pignora*, que como queda assentado à el *num.* 19. era en las dos maneras que queda referido. Y lo explica el mismo Hermosilla en la misma glossa al *num.* 14. ibi: *Si creditor simpliciter pignora insolidum adquiri pro toto debito videri acepisse; ideo debere esse captum in declarando quantitatem pro qua insolutum recipit*, y esta misma doctrina es de Greg. Lop. en la glos. de la *l. fin. tit. 27. part.* 3. con otros Interpretes del dicho *§. si pignora*, y prosigue Hermos. diziendo en dicho *num.* 14. que para que sea valida la adjudicacion es precisso que preceda tassacion, y liquidacion del debito; ibi: *Vt talis datio insolutum valeat, & ex ea dominium in creditorem tranferatur æstimatio*

debet præcedere ita aflictis Surdus concilio 256. Grat.discert. tit.7. num.19. & 20. cum alijs, & de communi stilo seruatur, quod bona æstimentur, & æstimata insolutum creditori tradantur, vt enim dominium in creditorem transferatur traditio requiritur, nam per sententiam, neque dominium, neque possessio transfertur absque traditione ex l.in traditionibus,C. de pactis. Y à el *n.* 15. prosigue diziendo, *Huiusmodi enim datio insolutum, & adjudicatio habent vim emptionis,& venditionis, & eisdem regulis regulatur, l. si Prædium, C. de euictionib. Tiraq. Matienzo, Gutierr. & Grat.cap.545.num.45. & 46. vbi tradit ob quem admodum in venditione requiritur pretium, res & consensus, ita hæc omnia debent intervenire in adjudicatione, & creditum quod est pretium rei adjudicandæ debet esse certum per se, vel relationem ad aliud, si non exprimatur, & ita liquidatio crediti, requiritur, prout in venditione requireretur; requiritur etiam traditio vt dominium transferatur requiritur etiam consensus, ex defectu enim consensus hoc remedium in probat Antonius Faber de errorib. dæcad. 56. err.2.vers.quærimus enim, vbi dicit quod datio insolutum est contractus, qui non nisi ex voluntate debiris fieri potest,quique venditionis vicem obtinent ad eius impugnationem non obstante dationem insolutum valere dicendum est nam iudicis consensus, & factum perinde est ac si ab ipso debitore præstaretur, & non est ratio diferentiæ, quare venditio autore iudice valeat, & non datio insolutum,* y vá prosiguiendo en toda la glossa, tratando de esta adjudicacion insolutum, que es la verdadera, y legitima adjudicacion, y la que se estila, y practica; porque la otra adjudicacion no es verdadera, y no está en vso segun la inteligencia comun de los Autores, como lo refiere en la *l.* 56. de la misma partida à el *num* 103. ibi: *Neque obstat authoritas Doctornm, qui tenent in hoc cassu huic legi non esse locum, quia loquntur in addictione quæ creditori sit in specie leg. à D. Pio, §. si pignora, quæ non est datio insolutum, vt diximus in dicta addictione glos. 7. leg. 52. quæ addictio hodie non est in vsu secundum intellectum communem d. §. si pignora.* Con lo qual queda patente, y claro que Hermosilla habló en el dicho *num.* 53. de esta adicion, de la qual no se debia pagar alcabala por no ser legitima, y verdadera

venta, y adjudicacion, ni concurrir en ella los requisitos necessarios, que por derecho se requieren, y refiere el mismo Hermosilla, y otros.

41. Valmaseda de collectis mueve tambien esta misma question en el capitulo 71. num. 10. en terminos de los derechos de quatro vnos por ciento (que se goviernan por las mismas reglas de Alcabala) y aviendola propuesto en los dos casos, nempè de adjudicacion insolutum, ò de remate, y subhastacion; en quanto à la adjudicacion se remite à lo que decide Hermosilla en el lugar referido, con que viene à conformarse en lo mismo. Y en lo que toca à subhastacion publica se remite á el señor Olea *tit.7.q.5.n.22.&* 23. en donde en lo que toca à adjudicacion no haze mencion en toda la question, en que solo trata de las cessiones de derechos, y acciones, y si de estas se deba alcabala, y de las cessiones insolutum de los nombres de los deudores, ò de acciones ad rem, & ad bona in specie; que de las dos primeras resuelve, que no se debe alcauala; y tambien haze mencion de las declaciones, ò cessiones que hazen los compradores en remate publico á favor del mismo acreedor, ò de otro tercero, que en este caso decide se deben dos alcabalas; la vna del remate; y la otra de la cession, sino es que se haga statim, & incontinenti, en donde pone el remedio para no pagar mas que vna; y es que la postura, y remate, se haga con beneficio de poder ceder, y traspassar, y es doctrina de Carrasco *cap.* 11. *ad leg.*41.*tit.*4. *lib.*3. *recop.* 1. *part.num.*87.*&* 91. Y de las otras cessiones de acciones ad bona in specie, sean muebles, ò raizes, resuelve que se debe alcabala.

42. En materia de laudemio tocò esta misma question Alexandro en sus consejos en el 306. donde constantemente resuelve, que de la adjudicacion insolutum se debe pagar este derecho, ibi: *Cum res à iudice insolutum datur, siue adjudicatur æque deberi laudemium domino.* Y en el consejo 6. dá la razon de esta resolucion, ibi: *Quod si Iudex rem feudalem adjudicauit, non poterit vassallus eam adjudicationem in fringere, cum ipse eam fecisse iudicatur.*

Tira-

43. Tiraquelo en el tratado de *Retractu, linagiel lib. 1. gloss.* 14. *num.* 8. questionò esto mismo, y aviendo referido en los numeros siguientes, la opinion negativa, y sus fundamentos de que era venta, y enagenacion neccessaria, y al num. 14. la opinion afirmativa que sigue Valdo en el cap. *quoniam frequenter*, §. *vltimo vt lite non contestata*, y la resolucion de Alexandro que và referida, assiente á la opinion de ambos, y refiriendo sus fundamentos, dize: *Quibus malo adere, quam contrariæ sententiæ*; y prosigue fundandola con diferentes razones, probando que es venta voluntaria, y no neccessaria.

44. Quedan referidos los Autores, que en terminos de alcabala, y laudemio llevan la opinion afirmativa, y sus fundamentos, que todos se reducen à que es venta verdadera voluntaria, y no necessaria, y que como tal se comprehende en los estatutos, y leyes del Reyno, que de esto hablan, y aunque los referidos Autores solo hablan en terminos de alcabala, y laudemio, ay otros tambien que la disputen solo en terminos de venta necessaria, ò voluntaria, fundandolo no solo con razones juridicas, deducidas del derecho civil Romano; sino tambien de las leyes de el Reyno, que de esto hablan, que como nota Palacios, Rubios *in introduct. rubr. de Donationib. inter virum, & vxorem, num.* 8. y refiere Gutierr. *cap.* 6. *de gabell. num.* 6. que las leyes de alcabalas siguen las reglas de el derecho comun, ibi: *Nostræ vero leges regiæ de alcaballa agentes, non statutorum, sed iuris communis naturam sortiuntur.* Y aunque quedaba bastantemente satisfecho con las authoridades, razones, y fundamentos, que ván expressadas, ser mas probable, cierta, y verdadera la opinion afirmativa, se esforçarà mas esta materia, para que en el todo no quede duda ninguna, fundandola con razones juridicas deducidas del derecho comun, y Cessareo, y del Regio.

45. Lo primero se prueba con el texto à la *l. D. Pio*, §. *si post addictum, ff. de re iud.* donde se dispone, que despues de hecho el remate en vn tercero, estando perfecta la venta, moviendosele pleyto à el comprador ha de ser

ante

ante su Juez, y en su fuero, y que esto se debe observar, si à el acreedor se le hiziesse adjudicacion; ibi: *Si post addictum pignus aliqua controuersia emptori moueatur, an sit cognitio eiusdem iudicis, qui sententiam exequtus fuerit, videndum est & cum semel emptio perfecta sit eiusque, qui comparauit periculum vertatur, non puto locum esse cognitioni, ideinque & si ipsi cui quis iudicatus est res fuerit addicta, &c.* Este texto prueba, que lo mismo que obra el remate en vn tercero, obra la adjudicacion en el acreedor; exornòlo el señor Salg. en lo de *Retent. part.* 2. *cap.* 18. *n.* 1. cum seqq. y en el *laber. part.* 1. *cap.* 18. *num.* 19. y en el *cap.* 16. 3. *part.* donde trata, quando se entienda fenecido, y acabado el concurso de acreedores, con la distincion que dà en la 1. *part. cap.* 3. *&* 4. de juizio vniversal, y particular; que el primero se forma por cession de bienes del deudor, en que provoca, y llama á sus acreedores, y en que puede hablar el mismo deudor impugnando los creditos, y su certeza, y la cantidad que se les debe, solicitando la buena administracion, y venta de los bienes; y en que puede formar competencias, y este dize que es verdadero pleyto de acreedores, y goza el privilegio de tal para los efectos de quedar resueltas las hypotecas, y extinguidas las acciones, con los remates, y adjudicaciones, y seguros los compradores, terceros posseedores, y de no ser molestados por acreedores posteriores, ni anteriores; teniendo este mismo beneficio los acreedores, que recibieron sus pagas, sin cauciones, ni fianças, ò sin perjuizio de otros, de que tambien tratò el señor Olea en el *tit.* 4. *quæst.* 3. *per tot.* con la distincion de ser citados los acreedores, siendo ciertos personalmente, ò inciertos por editos, y proclamas segun los textos *si eo tempore l. si hypothecas de remiss. pignor.* Y assi mismo en què fuero, y ante què Juez se debe intentar la revocatoria contra el acreedor, y quando es por execucion, ó via ordinaria por la accion hypotecaria contra el comprador, ò tercero posseedor, lo trata en el *cap.* 5. 2. *part.* con la distincion de estar pendiente, ò fenecido el concurso, y y tambien en el *cap.* 16. 3. *part.* donde resuelve, que aun-

que

que se ayan distraìdo todos los bienes, no se entiende fenecido, no estando pagados enteramente los acreedores *propter spem bonorum adquirendorum*; sino es en el caso de aver muerto el deudor, como lo refiere, y tratà en el *cap.* 15. 3. *part.*

46. Y el segundo que llama concurso particular, quando no es por cession de bienes, sino es quando los acreedores lo forman por si, embargandole bienes à el deudor comun, y acomulandose los pleytos à pedimento de los mismos acreedores, oponiendose los vnos à los otros sobre la paga, y prelacion sine facto debitoris, y este le llama concurso à diferencia del primero, que es propriamente pleyto de acreedores, en el qual no se le oye à el reo concursado en sus defensas, ni puede formar competencias, y en qualquiera estado puede ser preso, no teniendo exempcion por su persona. Y en el *cap.* 4. §. 1. expressa las diferencias que ay de vn concurso à otro, que muchas de ellas, y de las que vàn referidas no se observan, ni practican en esta Real Audencia por los muchos inconvenientes, y graves perjuizios que se siguieran assi à los acreedores, como à los compradores, y terceros posseedores de no quedar seguros, ni los correos, y fiadores libres de sus obligaciones por formarse los mas concursos por muerte de el deudor, en que no se puede hazer la cesion, y los herederos repudiar la herencia, ni el defensor tener noticia de todos los debitos, bienes, ni acreedores, cuyos casos, no previno el señor Salgado en esta materia, que tratò latissimamente, y la repite en muchas partes de su obra; y porque las cesiones de bienes, como indecorosas, que son à los que tienen exempcion, solo las hazen los presos para librarse de la molestia de la carcel.

47. Esta adjudicacion que se haze à el acreedor por mandado del Juez, dize el señor Salgado *in d. cap.* 18. *n.* 3. que en ella se induce vn nuevo contrato entre el deudor, y acreedor, con el qual queda pagada, y extinguida la primera obligacion, y que con el mismo dinero de esta paga, finge el derecho la comprò del deudor, porque el

cre-

credito se tiene en lugar de precio; ibi: *Sed per hanc consignationem, & insolutum dationem inducitur novus contractus penitus extintivus prioris obligationis, fingitur enim per eam debitorem prius soluisse suo creditori, deinde creditorem eadem pecunia emisset rem ab emptore.* Dando por razon à el *num.*4. de transfundirse la causa de la primera obligacion en otro contrato, como quando la deuda *ex causa mutui, vel alterius contractus conuertitur in pretium rei emptæ*, pudiendo hazerse todo lo referido por la disposicion de derecho, y ficion breuis manus de la *l. singularia, ff. de rebus creditis*; ibi: *Cum videatur mihi data pecunia, & à me ad te profecta*, como sucede en la creacion de los censos consignativos, que vt omnes agnoscunt son contratos de venta, y pueden constituirse de deuda, y no de pecunia numerata, por no estar admitido en España el motu de San Pio Quinto, de que tratò Noguerol en la alegacion 14. ex *num.*83. cum seqq. y en la 22. ex *num.*2. *Idem est enim accipere sortẽ principalem in pretio numerato, ac ipsius debitorem esse ex pecunia antea recepta, quod fundamentum desumitur ex regula d. leg. singularia, ff. de rebus creditis: Quod debitum ex vna causa, fictione breuis manus potest conuerti in alium contractum*, y trae en comprobacion de esta doctrina á Gutierrez, Amato, Surdo, Mastrillo, y el Padre Molina, y otros muchos, que tambien refiere el señor Salgado *d. cap.* 18. *num.*4. cum seqq. latissimamente de la adjudicacion, y los efectos que obra de la resolucion de hypotecas, extincion de acciones, como sucede en los remates, y subhastaciones, donde funda que es paga, y contrato, en que quedan novadas las obligaciones, y convertidas en otro contrato, con la confusion de acciones, y extinguidas las hypotecas à exemplo del acreedor, que sucede à su deudor en sus derechos, y acciones, ex *l. debitori, C. de pactis, l. sthicum, §. addictio, ff. de solutionibus*, quedandole el derecho reservado en caso de intentarse la revocatoria, ò la hypotecaria por el acreedor anterior, ò de mejor derecho, sin que le obste la adquisicion de dominio de que tratò en el *cap.* 7. 2. *part.* *ex num.*34. *cum seqq.* ibi: *Quod nec adquisitio Dominij sit*

nexi-

noxiua creditori, conseruatur ei ius hypotecæ anterioris, quod defendat rem adversus hypotecarios posteriores ex leg. si posteres, C. si antiquior creditor pignus vendiderit, como sucede en el heredero, que acepta la herencia con beneficio de inventario, *ex textu in l. debitor, ff. de separationibus, leg. hæres, §. si servus, ff. de solutio.* Comprobando este assunto con admirables doctrinas, y textos, *& cum l. si Mater, §. eandem, ff. de exeptione rei iudicatæ*; ibi : *Alia enim causa fuit prioris dominij, hæc noua nunc accessit itaque adquisitum postea dominium aliam causam facit, & l. filius 42. ff. de bonis libert.* ibi: *Paulus notat ei qui ab alio iure venit, quam eo quod amissit, non nocet id, quod perdit, sed prodest quod habet.*

48. El segundo fundamento consiste en que la dacion insolutum extrajudicial es venta voluntaria, y esto mismo se debe entender de la judicial, ò adjudicacion insolutum. Ya queda tratado supra de estas dos daciones insolutum, que la vna es facta à parte ; y la otra facta à iudice ad debita persoluenda, como quedò fundado con la doctrina de Noguerol cum alijs, que ambas eran enagenaciones voluntarias por tener su origen de principio voluntario, dependiente de la voluntad de el deudor, y que estas daciones sean contrato de venta, se prueba de la *l. si Prædium, C. de euiction.* ibi: *Vicem venditionis obtinere*; y quando de voluntad de ambas partes se dà por deuda alguna cosa estimada, es verdadera venta, *quia non pretim numeratio, sed conuentio attenditur, l. 1. & 2. ff. de contract. empt.* y es la razon, *quia non in pecunia numerata, sed inquacumque re æstimata consistit*; *ex omnibus textus in leg. pretij 9. C. de recind. vendit.* en que se prueba que la dacion insolutum pro debito es contrato verdadero de venta; ibi: *Pretij causa non pecuniam numeratam, sed pro ea pecoribus insolutum consentienti datis contractus non constituitur virtus*; y aunque no aya precio real, y efectivo de toda la venta, porque basta la estimacion *ex l. quoties, C. de iure dotium: æstimatio enim facit emptionem*, y basta que aya precio per se, vel per relationem ad aliud, por lo qual convienen todos que esta dacion insolutum facta á debitore es contrato, y venta voluntaria vt refert. Hermos. *in l. 1. tit. 5. part. 5.*

49. Y además de lo referido es tambien paga, y solucion quedando en vn mismo momento pagado el acreedor, y vendida la hypoteca *ex textu in terminis à nemine ponderatus* para este intento, *in l. in numerationibus* 44. *ff. de solut.* ibi: *In numerationibus aliquando euenit, vt vna numeratione duæ obligationes tollantur vno momento. Veluti si quis pignus pro debito vendiderit creditori, euenit enim vt ex vendito tollatur obligatio debiti. Quid clarius.*

50. Y q̃ todo lo referido intervenga en la dacion insolutum facta á iudice es patente, porque proceden los mismos requisitos scilicet res ex parte venditoris, seu emptoris, ay tambien *ex part. creditoris pretium, & licet non numeratum realiter, & effectiue*, se entiende por la ficcion de derecho, *ex regula quia idem operatur, veritas in cassu vero, ac fictio in cassu ficto, l. cum ex oratione* 44. *ff. de excusat. tutor.* quedando en vn mismo momento extinguida la obligacion del debito, y executada la venta, como lo expressa *d. l. in numerationibus* 44. *de solut.* porque la deuda loco pretij habetur, como queda fundado.

51. Esto tambien se comprueba, con las doctrinas de diferentes Autores, que trataron esta misma materia, como son Guzman *de euiction. quæst.* 28. *num.* 19. donde aviendo tratado en los numeros antecedentes de la dacion insolutum extrajudicial, y resuelto, que es contrato, y por él se extingue la obligacion, y adquiere dominio el acreedor. Prosigue en este numero diziendo: *Ampliatur, vt procedat, tam in adjudicatione, seu datione insolutum facta à parte, quam à iudice, & ita declarãt* Bartolus, Valdus, Castro Fulgotius, y á el *num.* 20. repite, *datio in solutum facta à iudice est similis emptioni, & agitur ex actione vtili exempto*, y prueba que de este contrato se dà accion de evicion, que es proprio, y natural del de venta, y vno de los requisitos que expressa la *Authentica hoc nisi debitor.*

52. Esto mismo se comprueba de la doctrina de Ciriaco *controuers.* 162. *num.* 1. *&* 2. ibi: *Datio insolutum pro certa quantitate obtinet vim venditionis, & dispositum in venditione, habet locum in adjudicatione insolutum*, y á el

*num.*40. de la miſma controverſia; *idcircò cùm adjudicatio iſta dicatur alienatio voluntaria, quia contractus dotis aquo habuit ortum fuit voluntarius*, & ita Surdus *concil.* 39. *ſub. num.*20. *& concil.* 49. *num.* 1. y à eſte miſmo fin Acoſta *de Priuileg. creditor. regula* 3. *limit.* 1. *num.*28. ibi: *Adjudicatio facta creditori præcedente taxatione eſt vera venditio*; con cuyas doctrinas queda comprobado, que la adjudicacion inſolutum es contrato, y venta, que no ſe diferencia de la dacion inſolutum.

53. Tercero fundamento deducido de las *ll. de partida 6. tit.*27. *part.*3. y de la 3. *tit.* 14. *part.*5. que la primera es concordante del §. *ſi pignora*, y la 2. *de la Authentica hoc niſi debitor*. En la primera ſe diſpone, que en caſo de no hallarſe comprador aviendo precedido ſubhaſtacion publica, el Juez haga adjudicacion à el acreedor; ibi: *Et ſi acaecieſſe que en los veinte dias ſobredichos, no ſalieſſe comprador que la compraſſe por miedo, ó por amor del vencido, ó por otra razon, eſtonces debe el juzgador otorgarla à el vendedor, como en manera de compra, por tanto quanto entendiere que valga la coſa.* Y nota Gregor. Lop. en las palabras *por tanto, quanto entendiere*, es para excluir la opinion de la gloſſa, y DD. en dicho §. *ſi pignora*; porque ſi ſimpliciter ſe adjudicaſſe; eſto es, ſin taſſacion, y aprecio, ſin expreſſar la cantidad, no podia pedir la demaſia, porque ſe entendia adjudicada pro toto debito, como queda fundado al *num.* 19. y 20. de eſte papel, y por la *l.* 3. *tit.* 14. *part.* 5. que es concordante de la Authentica, ſe diſpone que la paga que ſe hiziere á el acreedor, aya de ſer de lo que ſe prometiò, y no de otra contra ſu voluntad; pero ſino pudiere, pueda pagarle en otra à arbitrio de el Juez, que conociere de la cauſa; ibi: *Pero ſi acaeciere que el deudor no pudieſſe pagar aquellas coſas, que prometiera bien puede darle entrega à bien viſta del juzgador; otro ſi dezimos, que ſi el que huvieſſe hecho pleyto de facer alguna coſa, è no lo pudieſſe facer en la manera que avia prometido, que debe cumplir de otra guiſa el pleyto, ſegun ſu albedrio del juzgador del lugar.* Y aunque eſta ley es concordante de la Authentica, la corrigiò en quanto á el requiſito de la

elec-

eleccion, que tenia el acreedor de elegir lo mejor de los bienes, ſino que fueſſe lo medio, que fueſſe ſuficiente à el arbitrio del Juez, y aſſi lo interpreta el miſmo Gregor. Lop. *in verbo del juzgador.*

54. De la diſpoſicion de eſtas leyes, que ambas hablan de la adjudicacion inſolutum, como en ellas ſe expreſſa, de que tambien ſon concordantes la *l.ordo, C. de executione rei iudicatæ*; y la 3. §. 2. *C. de iure dominij impetrando*; que hablan de lo miſmo; ſe deduce con evidencia, que los dos modos de adjudicaciones que mencionan, ſon contracto, y venta voluntaria, como lo expreſſa idem Gregorius Lop. en la gloſ. de la *l. 52. tit. 5. part. 5.* verbo *vender*, donde aviendo referido la diſtincion de las dos daciones inſolutum judicial, y extrajudicial, dize: *Sed adverte quod datio inſolutum à iudice quæ neceſſaria dicitur, eſt quando factis ſubhaſtationibus adjudicatur per iudicem creditori, ſi tamen alteri adjudicetur, id non eſt datio inſolutum; ſed vera venditio*; y luego proſigue, *intellige etiam, & limita, niſi daretur pro pecunia debita, nam tunc idem eſſe dicendum, quod in venditione; ſi vero daretur inſolutum alterius ſpeciei debitæ, nihil eſſe quod ad venditionem pertineret.*

55. El quarto, y vltimo fundamento procede de la *l.6.tit.11.lib.5.recop.* Diſpone eſta ley, que ſi los compradores fueſſen apremiados á comprar, y la venta ſe hiziere contra la voluntad del vendedor, y fueren vendidos los bienes por apreciadores, en eſte caſo, no tenga lugar el remedio de la leſion; aunque aya engaño en mas de la mitad del juſto precio, Azev. y Herm. en la *l. 56. tit. 5. part.5.nu.*102. y Matienzo en la gloſ. de eſta ley afirman, que no habla del remate, y adjudicacion inſolutum, que ſe le haze á el acreedor, ſino es quando *emptores emere compelluntur, & in vito venditore venditio fit*, por dezir que eſta es propriamente venta neceſſaria á diferencia de el remate, ó adjudicacion, que es venta voluntaria; y que por eſta razon no tiene lugar el remedio de la leſſion, por ſer neceſſaria aſſi ex parte emptoris, como ex parte venditoris, y por la preſuncion iuris, & de iure de que no intervendria leſſion por averſe apreciado los bienes

por

por mandado del Juez, y con este motivo passa à dudar Matienzo si esto mismo se debia observar en las adjudicaciones insolutum por ser tambien ventas necessarias ex parte vtriusque. Y aviendo referido los fundamentos de la opinion que es dacion, y venta necessaria, dize à el *num*.6. ibi: *Sed quod num.4. diximus dationem insolutum necessariam ob debita venditoris, non esse venditioni, vel dationi insolutum voluntariæ similem, non est omnibus in confesso; plures namque asseuerant venditioni voluntariæ comparari, factum quipe iudicis censetur factum partis, ex l. si ob causá, C. de euiction. cum concordant. à Tiraquel. congestis lib.* 1. *de retractu*, §.1. *glos*.14.*n*.13. *&* 14. *atque ideo venditionem esse censeri.* Y à el *nu*.7. prosigue *verum iure nostro Regio huiusmodi judicialis adjudicatio insolutum ab ipso iudice facta venditioni similis est, vt in l. vltima tit.* 27. *part.* 3. ibi: *Debe el juzgador otorgarla à el vendedor, como en manera de compra, & conuincitur clare ex l. nostra, quando quidem exeptionem traddit regulæ l.* 1. *supra eodem tit. quæ in venditione, & alijs similibus contractibus loquitur, de ipsis ergo lex nostra necessario loquitur, cum exeptio debeat esse de comprehensis sub regula, nam bona est exeptio, quæ non prædicatur, de eo quod regula comprehendit, l.* 1. *de regulis iuris, vbi Bartolus, & Decius, D. Covarr. lib.* 2. *variarum, cap.* 5. *num*.4. *ratio ergo exeptionis est, non quod alienatio necessaria venditio non sit, sed quia est necessaria ex parte debitoris, & creditoris, & cum alijs solemnitatibus quare nimirum lex præsumit nullam læsionem interuenisse, quæ præsumptio iuris est, & de iure, contra quam non admittitur probatio ex textu in cap. is qui fidem de sponsalibus, & glos. in l. siue possidetis, C. de probationib.* De todo lo qual se deduce que la adjudicacion insolutum judicial es venta, y no necessaria, sino voluntaria.

56. Assentado que la adjudicacion insolutum es venta, como queda fundado con las autoridades, fundamentos, y razones legales, que quedan expressadas, que hazen clara, y no dudosa esta materia, se afiança mas lo referido con los exemplares, executoria del Consejo de Hazienda, y la de esta Real Audiencia, y los que constan

delegados

tan, de autos de los Juezes ~~ordinarios~~, y aunque es cierto que por exemplares no se debe juzgar, sino es por lo que dispone el derecho, *ex l. nemo de sentent. interloq. l. scilicet de officio Praesidis*; ibi: *Non tam expectandum est, quod Romae factum est, quam quod fieri debeat.* Pero siendo los exemplares de Tribunales supremos *faciunt ius*, y lo determinado en ellos, no se debe disputar entre caso semejante, *cap. cum dilecti de electione*; y quando los exemplares tienen omnimoda semejança, en todo se debe seguir su decission, *ex l. filius 14. ff. ad legem corneliam de falsis: sic enim inuenit Senatum censuisse: & ita doctissimus Larr. decis. 47. num. 71.* ibi: *Solent enim judices pietatis blandimentis deliniri contra Dei praeceptum exodi cap. 23. & Laebitico cap. 19. in iuditio non misereberis egenum, nec pauperem.* Y aunque los señores Juezes por muy integerrimos suelen vna misma cosa concederla en vn caso, y la misma de negarla en otro, ò ya por no concurrir las mismas circunstancias, ò moverles otra razon, que discurran pro sui ingenio, en que pueden tener arbitrio en caso de no aver opinion muy probable, ley, ò texto que lo decida, *quia plura sunt negotia quam vocabula*, y aunque ay tantas en el derecho, pues en los digestos se hallan 9198. y en el Codigo 4545. y en las authenticas 168. y no pudiendose comprehender en ellas todos los casos, y por la facilidad que ay en los hombres, *ad discentiendum ex l. item si vnus 19. §. principaliter, ff. de recept. arbit.* por evitar atribuirlo à otra razon de afecto, passion, ò piedad, *vt refert ipse Larrea dicta decision. num. 52.* ibi: *Caueat igitur iudex in ciuilibus ab illesebris miserationis, nam pietatis affectus, vt naturalis quia potens, & vrgentissimus semper vitandus cum iustitia constans esse debeat, vt ius suum vnicuique reddatur, nec insolens, id quod primo iustum aliquibus vissum fuit, postea rerum vicisitudine contra statuatur.* A este mismo intento Ludovico Gomez ad regulas Chanselariae *regula de triennali possessione q. 5. vers. itaque supradictis*; ibi: *Nec mirandum cum quaelibet opinio adeó se iusto iudice tueatur, vt perspicum sit Rotam diuersis temporibus contrarias sententias recte iudicasse*; & iterum, ibi: *Et hoc malum videtur mortalibus in penam, vt eorum opiniones secũdum varietatem*

 tem-

temporum senescant, & inter moriantur, aliæque diuersæ, & prioribus contrariæ eorum loco renascantur; & de inde pubescant. Talis enim est humani generis disciplina, quod nulla in ea opinio eodem statu diu stare potest, vt dicit Imperator in l. 2. §. sed quia, C. de vetere iure enucl.

57. Y en el caso presente no se puede verificar nada de lo referido por no aver exemplares en contra, porque los que se han presentado no son de averse denegado; si no es de no averse cobrado, ò mandado pagar por no averse pedido por la persona à quien pertenecian estos derechos, que esto se debe atribuir á la negligencia, descuydo, ù omission de los Recaudadores, ò Arrendadores, en que no puede ser perjudicado el fisco, aunque aya sucedido à su vista, ciencia, y paciencia, vt tradit Gutierr. *q. 5. n.* 24. en terminos mas rigorosos de privilegio, y possession immemorial de no ser bastante para prescrivir; ibi: *Nec privilegium sufficiens in futurum, nuncque processit potius ex quadam naturali oblibione, & leuitate præ multitudine negotiorum, & in curia suorum officialium;* pero en terminos rigorosos de que huviesse executorias, y exemplares contrarios, no se debia atender á ellos, aviendo estos otros mas modernos, vt ait dictus Ludovicus Gomez *ead. regul. q.* 53. ibi: *Stilum modernum in contrarium priori observandum, & modernus esset sicut culices in capite elefantis qui vident priora, & posteriora*, & in terminis notauit Asoguidius referido por el señor Larrea *in tract. de communi opinion. lib.* 3. *cap.* 17. *n.* 2. his verbis: *Et hæc variatio, & mutatio reperitur contiguisse etiam in summis Concilijs Napolitano, Tolosano, & Delfinatus, & alijs*; y que en la variedad de sentencias, y estilo se debe seguir el posterior tradiderunt Antonius Marius, Corratius, Autonius Gabriel, Nicolaus Moron, Mascardo *de statutorum interprætatione conclus.* 8. *num.* 9. Capitio, Mantica, Mare escotus *lib.* 1. *variarum cap.* 55. y que la posterior observancia, y estilo de los juicios derogue la primera notant DD. *in cap. fin. de consuetudine* tradit Mascardus vbi supra, y lo confirma Voerio decission 264. num. 8. *quos refert* D. Larr. *d. decis. n.* 52. donde tratò la qucstion

de

de alimentos de el patruo al nepote, y refiere diversas decissiones de la Chancilleria de Granada pro vtraque parte, y concluye diziendo *num 53. Vnde apparet cum sæpius diuersæ, & contrariæ sententiæ in hac quæstione fuissent prolatæ, ne liqueat de rationibus quæ possent mouere iudices, qui in similibus causis alimenta decreuerunt, & vt iure & experientia constat nihil est inter homines stabile, & ita immobile, vt nullum patiatur mutationem cum omnis noster status in perpetuo motu consistat, ideo parum debet refragari, aliquando patrius à nepotibus alimenta exibenda fuisse iudicatum quim in hoc cassu contra non deberi patruo alimenta ex prediƈtis fundamentis à nostro senatu iure decerneretur*; con lo qual queda concluido este articulo segundo, vt transgrediamur ad fundamenta contrariæ opinionis diruenda.

ARTICULO TERCERO.

58 QUedan expressadas las dos opiniones negativa, y afirmativa con los Authores pro vtraq̃, fundamentos, y razones, en que se fundan, aviendose esforçado, aunque diffusse, la afirmativa, y fundado ser la mas veridica, probable, y cierta; aora resta el dar satisfacion, y respuesta à los fundamentos contrarios, para que en el todo quede sin duda alguna §. *59.* & in primis, se responde à Vetarquinio, y Parladorio, que ambos se fundan en que de la adjudicacion insolutum no se debe alcabala por no ser contraƈto, porque en los juicios solo se quasi contrae *ex l. 3. §. idem scriuit, ff. de pecul.* y para satisfacer à esto, y quan debil es este fundamento me valdrè de la impugnacion que le haze Lazarte en lo referido (aunque llevo la misma opinion) añadiendole otros fundamentos legales, con que quede impugnada, y satisfecha esta razon; y es, que aunque es verdad, que en los juicios entre las partes solo se celebra vn quasi contraƈto, que nasce de la demanda, y contestacion, esto solo es, y se debe entender para que en fuerça, y execucion

de

de la cosa juzgada, se produzga la accion in facto, en virtud de la qual quedan obligados, y astrictos ambas partes à estar, y passar por la sentencia *ex l. actori, C. de reb. cred.* y este se dize quasi contracto, vt omnes à noscunt; pero esto no implica que la venta, ò adjudicacion, que resulta de lo referido, y que se manda hazer por el Juez, no sea proprio, y verdadero contracto, por ser esto cosa separada, y distinta, aunque resulte, y proceda de lo juzgado en el juicio, vt videre est en las ventas, y contratos que el testador haze en su testamento, presente el comprador, ò la parte, la qual es cosa separada independiente del mismo testamento, y de estas se debe alcabala, vt tradit ipse Lazarte *cap.* 11. y es contracto perfecto, è irrevocable, aunque el testamento sea revocable por su naturaleza *ex l. auia*, *C. de iur. de liber.* y es doctrina de Rodrig. *de execut.cap.*1.*art.*2.*ex num.*41.*cum seqq.* donde trata de los contratos irrevocables, que se celebran por las vltimas voluntades Gutierr.*de iuram. conf.*2.*part.cap.* 1.*num.* 1.*& melius cap.* 6. *num.* 5. Confirmandose esto mas de que en los juicios se pueden celebrar contratos como son tranxaciones en que se dàn, y retienen derechos, y se adjudican bienes por deuda de que se debe pagar alcabala, vt tradit Gutierr. *quæst.*45.*per totam*, de que resulta que aunq̃ el juicio sea vn quasi contracto puede resultar de el proprio, y rigoroso contrato de venta, ò permuta, ù otro, y por consiguiente queda ineficaz el fundamento de Parladorio.

59. Y aunque Lazarte, como và referido, refuta la razon de Parladorio, es del mismo sentir, y la que discurre es que la adjudicacion judicial, no es venta, ni voluntaria, ni necessaria, sino solo paga necessaria sin voluntad, y consentimiento de las partes, la qual solo obra el disolver, y quitar la obligacion contraìda, de la qual no puede resultar venta, ni permuta, comprobando esta razon con la *l. si pignora* 29. *vers. non idem, ff. famil. ercisc.* donde la adjudicacion, y compra *pro diuersis ponuntur*, ibi: *Adjudicatio necessaria est, & emptio voluntaria*, de q̃ infiere que la adjudicacion no es compra, ni venta, como que-

queda referido á el *num.* 25. donde pusimos à la letra las palabras de este Autor.

60. Y este es el Aquiles con que funda su opinion Lazarte acerrimamente ponderando el texto por muy elegante, y que prueba el intento, y aunque es cierto que comprehende diferentes casos el texto (por lo qual dixo Acursio en su epigrafe que era ley breve, pero obscura) y de que tratò tambien el señor Olea *in tít.* 4. *quæst.* 9. *num.* 21. en vno de los casos que comprehende por antinomia de la *l. si cum venderet, ff. de pignor. actio*; y para que se reconozca que en el caso de que trata Lazarte, no haze, ni prueba su intencion, se pondrà à la letra: *Si pignori res data defuncto sit, dicendum est, in familiæ erciscundæ iudicium venire, sed is cui adiudicabitur in familiæ erciscundæ iudicio pro parte coheredi damnandus: nec cauere debet coheredi indemnem eum fore adversus eum qui pignori dederit: quia pro eo erit, ac si hypotecaria, vel seruiana actione petita litis æstimatio oblata sit, vt & is qui obtulerit adversus dominum vindicantem exeptione tuendus sit. Contra quoque si vis heres cui pignus adjudicatum est, velet totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est. Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit, adjudicatio enim necessaria est, emptio voluntaria: nisi si objiciatur creditori quod animose licitus est, sed huius rei ratio habebitur: quia quod creditoregit pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset, & eius quod propter necessitatem impendit etiam vltro est actio creditori.*

61. La especie es, que teniendo vn testador pignoradas ciertas prendas, aviendo muerto, dexò dos herederos, y debiendose adjudicar en este caso à vno de ellos con el cargo de pagar á el otro la mitad; no quedando obligado à la indemnidad à el otro coheredero, en caso que el deudor recuperasse su prenda, *dubitat consultus*, que si el coheredero à quien se adjudicò, la obtuvo por otro derecho, nempe por compreda, por el que tiene de venderla, ò si pagó mas de la mitad del empeño à el otro coheredero para que se le adjudicasse, es la duda, si deberà repetir, y cobrar la demasia del deudor; y distingue el

texto

texto el caso de la adjudicacion, ò de comprar en remate publico, ò en el caso de comprar su parte à el coheredero, y en los dos primeros casos decide, que podrà repetir la demasia por la accion negotiorum gestorum; pero en el tercer caso se le denegarà la repeticion; y la razon de diferencia es, porque la adjudicacion es necessaria, y la compreda que haze à el coheredero es voluntaria, y assi se le dà mas derecho en el primer caso que en el segundo, y la razon que dà la glossa es, porque la adjudicacion *potest fieri invito creditori*, y la compreda *non nisi consentiente, quia regulariter nemo comparare cogitur, vt est regula iuris*; y asi en el primer caso se puede pedir el interès, y en el posterior solo lo que se debiere.

62. Esta es la especie del texto en lo que toca à este caso (aunque comprehende otras) de que deduce Lazarte, que la adjudicacion no es venta, por dezir que el texto expressa que la adjudicacion fue necessaria, y que la venta es voluntaria, y que por esta razon resultaron diferentes efectos, como queda referido. A que se responde, que la adjudicacion de que habla el texto es en los juicios divisorios familiæ erciscundæ communi diuidundo, y de la qne hablamos en el caso presente es de la adjudicacion insolutum iudicial, que se haze à el acreedor para pagar deudas, siendo grande la diferencia que ay de vna à otra; pues por la primera adjudicacion no se transfiere dominio alguno, pues solo esta sirve para pagar à los herederos sus legitimas, legados, y otros derechos diferidos por razon de la herencia, en cuyo caso no se transfiere dominio, por estar ya este transferido por la aceptacion de la herencia *ex l. cum hæredes de acquir. hæred.* ibi: *Cum hæredes facti sumus omnia iura ad nos transiunt*, retrotrayendose por la aceptacion de la herencia à la muerte de el testador *ex l. à Ticio, ff. de furtis, l. 34. tit.* 19. *part.* 3. como sucede en los legados de specie, cuyo dominio passa recta via *in legatarium ex l. si tibi*, §. *cum servus de legat. primo Vergelius de legitimatione personæ cap. 20. n.* 14 *Donelus lib.* 8. *commentar. cap.* 18. *Gutierr. lib.* 2. *pract. quæst.* 98. *nu.* 13. siendo el peligro del legatario *l. quidem testa-*

testam.§ & si tibi, l. cum res, §. culpa. ff. eod. á diferencia de el legado de cantidad, en que no sucede lo mismo, *quia genus perire non posse, l. incendium, C. si certum petatur. Ita D. Olea tit.4. quæst.5. nu.5.* compitiendo por el legado in especie al legatario la rei vindicacion, y por el de cantidad la accion vtil ex testamento personal; y por la constitucion de Justiniano, la hypotecaria tacita *ex l.* vnica, *C. communia delegatis.*

63. Y esta respuesta porque no quede sin apoyo, lo tendrá de *Gutierrez en el tratado de gabell. en la quæst.22. num.* 24. hablando de la adjudicacion en los juicios de division, y particion, ibi : *Divisio namque est contractus mixtus participans de distractu & contractu, & de per mutatione, & venditione, & tamen propriam, & distinctam habent naturam vt in §. penultimo Instit. de officio iudicis, & hoc non obstante totus contractus dicitur diuisio, & consequenter ex eo nulla iura debentur. Et est distractus, quia eo tendit, vt dominium distrahatur, & dare vnicuique suam portionem, & per eam non confertur novum dominium, neque dicitur alienatio, nec noua adquisitio inter coheredes, sed exequtio prioris adquisitionis, & dominij, & distributio primarum portionum in eadem quota ad distrahendam communionem, & semper censetur res haberi iure succesiuo primitiuo, cuius virtute facta est diuisio, & horum iurium à priori acquisitione per succesionem, & hæreditatis addictionem, sed censetur exequtio, & distributio portionum.* Y por esta causa dispone la *l. del Reyno* 35. *tit.* 18. *lib.* 9. *recop.* que no se pague alcabala de los bienes de los difuntos, que se partieren entre sus herederos, annque intervengan dineros, de que tratò el mismo Guticrr. *eu la quæst.* 71. *per totam*, extendiendo esto mismo à la division, y particion que se haze entre los socios, siendo la razon, que esta division no quita el dominio, que pro indiviso tenian los Dueños; ibi: *al num.* 3. *etenim diuisio rem primis dominis non aufert; sed apud eosdem quorum indiuisa erat, ipsa manet post diuisionem, & strita iuris disputatione relicta non id agitur in divisione, vt quisquam ex hæredibus, alterius partem adquirat, sed vt dominium quod sub confussis partibus ocultum, & ob*

cubi-

cubilatum erat, in ſola intellectus operatione conſiſtens, iuxta *l. Mæuius, §. duorum, ff. de legatis* 2. *diſtinctione partium ad oculum detegatur, & quod antea erat pars vnius rei in diuiſæ, nunc per diuiſionem totum quodam per ſe fiat, vt inquit iuriſconſultus in l. recte diximus, §. quintus, ff. de verb. ſignificat.* Y proſigue Gutierrez con gran elegancia, y erudicion tratando eſta materia en toda la queſtion, y fundando que eſta adjudicacion no es enagenacion rigoroſa, ni ſe transfiere por ella dominio, á diferencia de la otra adjudicacion inſolutum, que es de la que hablamos, por la qual ſe transfieren dominios, y es verdadera, y rigoroſa enagenacion, y venta: con lo qual queda ſatisfecho á eſte fundamento de Lazarte.

64. Ademàs de lo referido proſigue Lazarte fundando ſu opinion, y dize que la adjudicacion inſolutum, no es venta neceſſaria, ni voluntaria, y que ſolo es vna paga neceſſaria de vna coſa por otra, y lo que obra es quitar, y diſolver la obligacion contraìda, y que eſta es la mente, e intencion del que paga, y de el que recibe, y que de eſto no puede reſultar otro acto, ni tal qual venta, à diferencia de la que ſe haze por remate, y ſubhaſtacion en vn tercero, porque aunque eſta ſe celebra por decreto, y ſentencia de Juez, es verdadera, y eſpontanea venta por obrar el Juez en lugar de el deudor *ex l.* 1. *&* 2. *C. de fid. inſtrum. & iure haſt. fiſcal. lib.* 10.

65. A que ſe reſponde, que aunque es cierto que ay eſtas dos eſpecies de pagas, reſpecto de el deudor, no ay mas que vna, que eſta ſiempre es neceſſaria para quitar, y diſolver la obligacion; ó ya ſea con la paga real, y efectiva, ò por la imaginaria de la aceptilacion, ò por la novacion, ò nudo conſentimiento de las partes, ò por la compenſacion; dacion inſolutum, pacto, y tranxacion, y confuſſion de acciones, donde ſe confunde en vna perſona el derecho del deudor, y acreedor, *ex l. item liberatur* 6. *ff. quib. mod. pign. vel hypot. ſoluit. §.* 1. *Inſtit. quib. mod. tollit. obligat. l. verborum obligatio* 107. *ff. de ſolutionibus, l. pupilus, ff. ad legem falſid. l. ſolutum* 11. *§. ſed quaſi, ff. de pignorat. act.* y de todos eſtos modos de pagas tratò latiſſimamente

Mer-

Mercurial Merlino de pignoribus, *& hipotesis lib.5. tit.*1. por todas sus questiones, à diferencia de la paga voluntaria, que es quando el estraño sin estar obligado paga por el deudor, que lo puede executar invito, aut consentiente creditore por la liberacion del deudor *ex l. soluendo, ff. de negot. gest. l. soluero, ff. de solut.* D. Olea *tit.*4. *q.*3.*num.*17. en cuyo caso le compite la accion negotiorum gestorum contra el deudor; y aunque la primera especie de paga sea necessaria; esto es, que sea necessario, el que pague, sin embargo procede de principio voluntario, que es de la obligacion, y contracto entre las partes, *ex regula quod abinitio licet contractus sunt voluntatis ex post factum*, *fiunt necessitatis*; entendiendose esta necessidad en quanto à la paga por ser el complemento del contracto, aunque sea voluntaria, atendiendo à el origen de la obligacion, que fue voluntario, & ita *Gutierr. cap.* 22. *de gabellis num.* 7. pues para quedar el deudor libre del nexo de la obligacion, es necessario la paga, y en este sentido toda paga es necessaria, à diferencia de el estraño, que como no està obligado, la paga que haze es voluntaria.

66. Y lo cierto es que Lazarte en este fundamento se implica diziendo, que la intencion del que paga, y del que recibe, no es otra que quitar la obligacion; diziendo tābien q̄ esta paga es contra la voluntad, y consentimiēto de ambas partes, porq̄ si la intencion de ambos como assiēta es quitar la obligaciō, precissamente ha de ser con el consentimiento de ambos, y si à esta paga le llama voluntaria à diferencia de la que se haze por el Juez, sin consentimiento de las partes, que le llama necessaria segun lo referido, no serà necessaria, sino voluntaria por concurrir ambos à disolver la obligacion; y finaliza diziendo, que de esto no puede resultar acto, ni venta alguna, siendo esto mas duro de persuadir, pues como queda fundado, ay traslacion de dominio de los bienes que se adjudican, y entregan en virtud de que acquiere titulo, quedando el deudor obligado à la eviccion, y saneamiento, como lo expressa la misma Authentica, y es cosa indu-

bitada entre todos los Autores, con lo qual queda respondido á los fundamentos de Lazarte.

67. Gutierrez funda su opinion,en que la adjudicacion no es venta, ni necessaria, ni voluntaria, sino adjudicacion por deuda, como queda referido à el nu.28. ibi: *Non est venditio sed adjudicatio pro debito*; porque como queda assentado lleva con Lazarte, que de todo genero de venta, sea necessaria, ò voluntaria se debe alcabala; pero dà diferente razon que Parladorio, y Lazarte; aunque conviene que no es venta, sino adjudicacion por deuda. A que se responde *quod ista adjudicatio pro debito*, ò es contracto, ò distracto, ò paga; si es contracto, ò es nominado de compra, ò permuta, ò es innominado *do vt des*, que tiene semejança à los referidos; porque siendo la adjudicacion insolutum de bienes in specie en pago de deuda, siendo contracto, es precisso que sea alguno de los referìdos, de los quales, se debe alcabala; de los dos primeros lo expressa la *l.*1. y 2, *tit.*17. *lib.*9. y del tercero es opinion de Lazarte *cap.*17. *num.* 7. *idem Azeved.* en las mismas *l.l.* y su glosa, y de otros que refiere, que de el contracto innominado *do vt des* se debe alcabala.

68. O esta adjudicacion pro debito es distracto, que no lo puede ser, por consistir este en aquel acto en que ambas partes de su voluntad *discedunt à contractu*, estàndo ya perfecto, siendo nominado *etiam re integra*, ò qualquiera de las dos, se arrepiente, siendo innominado re integra por el derecho comun, aunque oy por el Regio, està quitada esta diferencia por requerirse en vnos, y otros contractos reciproco, y mutuo consentimiento de ambos contrayentes, etiam re integra para distratarse, *ita Parlad. & Azev. in l.* 2. *tit.* 17. *lib.* 9. *num.* 13. *&* 14. Y siendo distracto, se debiera alcabala, por no averse distratado incontinenti, sino ex intervalo, despues de perfecto el contracto, y el entrego de los bienes, en cuyo caso no se dize distracto, sino nuevo contracto, y por esta causa conviene, que de este distracto ex interualo *gabella debeatur*, ita Azev. *in d. l.*2. *ex n.*34. y en los mismos termi-

nos

nos de censo *Gironda 5. in principio num.* 11. conque si esta adjudicacion pro debito es distracto, siendo ex interualo tambien se debe alcabala. Y lo cierto es *quod ista adjudicatio pro debito*, precissamente debe ser contracto, porque por ella se adquiere titulo, y transiere dominio, por lo qual es precisso que preceda causa, y contracto ex *l. nunquam nuda ff. de adquir. ver. domin.* ibi: *Nunquam nuda traditio transfert dominium; sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa præcesserit propter quam traditio sequeretur.* Y es doctrina del *señor Salgad. in lab. part.* 1. *cap.* 21. *num.* 29. y del *señor Olea tit.* 1. *q.* 4. *num.* 15. vbi ait, que assi como para la cession de derechos, y acciones, *vt quid incorporale*, es menester causa tambien necessaria para la tradicion corporal, y aunque en esto corrigiò á el derecho comun la *l.* 2. *tit.* 16. *lib.* 4. *recop.* en que ordena, que para los contractos, y obligaciones, no se requiera causa, sino que como vno se quiera obligar quede obligado; sin embargo la opinion comun contra Parladorio, y otros es, que es necessario que se expresse en el instrumento, ò en el contracto, ò que se pruebe por la parte *ex Azevedo, Pax, Matienzo, Abendaño, Antonio Gomez, Gregorio Lopez, tradit Rodriguez de exequtione cap.* 1. *art.* 4. *num.* 44. porque la ley del Reyno solo quitò la solemnidad, que por derecho antiguo se requeria, y presencia de los contrayentes, pero no mirò al fomento, y sustancia de la obligacion, y q̃ sea suficiente la causa presumpta *tradit latissimè D. Olea tit.* 1. *q.* 4. *ex num.* 23. *cum seqq.* conque siendo distracto, se deberá alcabala.

69. Y si esta adjudicacion pro debito no es contracto, ni distracto, sino paga necessaria, como es el fundamento de Lazarte, queda satisfecho con la respuesta que se le ha procurado dar.

70. El fundamento de Pax es, que la adjudicacion no es propria venta *ex l. si prædium, C. de evictionibus*, y la *fin. tit.* 27. *part.* 3. sino impropria, y similitudinaria, y lo colige de las palabras de la *l. si prædium*; ibi: *Nam eiusmodi contractus vicem venditionis obtinent*, y de las de la ley de Partida, ibi: Debe el iuzgador otorgarla à el vencedor, como

en manera de compra. De cuyos textos collige, que no es propria, y rigorosa venta: *nam aliud est esse tale, aliud haberi pro tali ex l. quod noua, ff. Depossiti.*

71. A que se satisface, que la ley si Prædium no habla de la adjudicacion insolutum por mandado de Juez, sino de la dacion insolutum extrajudicial, que haze el deudor, y assi lo expressa la glossa, y con ella no se prueba el intento, antes si lo contrario, porque de esta dacion insolutum, que habla el texto dize, que es contracto, ibi: *nam eius modi contractus*, y como queda assentado todos convienen, excepto Parladorio, que es venta voluntaria, y que se debe alcabala; con que si se quiere probar el intento con la decission de este texto, no ay duda que se deberà alcabala, como contracto que lo es, y que de èl nasce, y le compete à el acreedor la accion vtil de eviccion, que es propria, y natural del contracto de venta, como se expressa en el mismo texto; ibi: *Igitur si hoc iure fuerit ~~debitum~~, vtilis tibi actio contra debitorem competit.*

72. La ley de partida es cierto habla de la adjudicacion insolutum, como ya queda referido, y fundado, y es doctrina *de Matienzo en la l. 6. tit.* 11. *lib.* 5. *glos.* 1. *n.* 10. donde refiriendo esta ley, prueba con ella, que es venta judicial voluntaria, refiriendo sus palabras, como queda expressado á el num. 55. y el ser à manera de venta obra lo mismo, porque la permuta es bien semejante, y à manera de compra, y venta *ex l. 2. ff. de rerum permutat. & eius vicem obtinet, ex l. 2. C. eodem*, y no ay duda es contracto, y se debe alcabala como lo dispone la ley del Reyno, sic similiter, si la adjudicacion en sentir de Pax, es contracto, y semejante à el de venta ex dicta leg. si prædium, y es à manera de compra, como dize la ley de Partida, se deberà sin duda alguna la alcabala como sucede en la permuta.

73. El fundamento de Rodriguez es el mismo, que el que queda referido de Pax, de que no es verdadera venta ex dicta lege si prædium, y ley de partida citada; con que queda satisfecho con la respuesta que se ha dado à el numero antecedente.

El

74. El Padre Thomas Sanchez, funda su opinion en que los estatutos, y leyes del Reyno, no hablan, ni de ellos se comprehende la adjudicacion; y esta razon se puede corroborar mas, con que no expressandose en dichas leyes, no se debiera estender, ni ampliar, como odioso que es todo genero de contribucion.

75. A que se responde, que aunque es cierto que no se expressa en las leyes con el nombre de adjudicacion, sino con el nombre de ventas, y permutas; pero què siendo la adjudicacion especie de venta, queda comprehendida en ellas, *quia lex generaliter loquens, generaliter debet intelligi*; ita Ciriacus *controv.* 176. *nu.* 28. *cum alijs*; porque la especie se comprehende en el genero, y la ley general comprehende todos los casos imaginables, *l.iura* 8. *de legibus*, *Ciriacus d. controu.num.* 35. y si la ley expressara la adjudicacion, no huviera controversia, ni disputa, ita idem *Ciriacus n.* 25. *&* 26.ibi: *Vbi àdest statutum non est vlterius investigandum, & innanis est omnis disputatio, & num.* 35. *lex generalis comprehendit omnes casus imaginabiles argumento, ex d. l. iura* 8. *ff. de legibus.* Confirmandose todo lo referido ex doctrina Matienz. en el curioso tratado del Diálogo relatoris, & Advocati, donde tratò de la dignidad de Relatores, y Abogados, y lo apto, què estavan para obtener las Judicaturas de los Magistrados *en la* 3.*part. en el cap.* 15. *à el num.* 13. *Vbi ait, quoties pluribus casibus inest eadem ratio, ea decidit omnes, non quidem per extentionem, sed sicut genus comprehendit omnes eius species, sic & generalis ratio diuersas species casuum.*

76. Y aunque el derecho de alcabalas no fuesse favorable, sino odioso, y por esto no se debiesse extender la ley á mas de lo que expressa; esto se debe entender, quando es correctoria de otras, ò en materia de privilegios concedidos contra disposiciones generales, en cuyo caso no estamos, por no aver otras en el derecho comun, ni en el regio, que dispongan sobre lo referido.

77. Ademas, que aunque la ley del Reyno fuesse penal, y correctoria, se debia extender, militando la misma razon *ex regula iuris vbi est eadem ratio, ibi ius*; porque

M en

en este caso no se dize extencion de la ley, sino comprehension del caso, por la razon de la ley, *ita Matienzo vbi supra num.* 14. ibi: *Nam vbi est omnimoda ratio, ibi non dicitur extentio, nec ampliatio iuxta glossam cap.* 1. *de tempore ordinationum lib.* 6. *cap. postquam de electione in* 6. *cum autem rationes sunt specie diferentes, tamen similes, tunc dicitur extentio, id est, progressio de termino ad terminum per adæquationem*, y al *nu.* 16. *quandoquidem legis ratio apelletur ipsius legis mens, & rationem statuti mentem medulamque eius esse*, y al *num.* 18. *rationem siue mentem legis esse sicut animam, verbum autem superficiem & corpus, hæc semper attendi debet, tanquam virtus intrinseca legis, & tanquam genus prædicans de suis singulis speciebus*, y al *num.* 19. *ratio denique legis inducit dispositionem, facitque ius, & verbis dominatur, sicut anima à corpore*, y al *nu.* 22. *ratio inquit est cordis facies, quæ omnia cum ita se habent, ratio, siue causa in legibus, statutis, consuetudinibus, & alijs quibusvis dispositionibus maxime, & imprimis attendenda, & seruanda, & non esse curandum de specierum diuersitate, modo eadem sit in omnibus ratio, quæ quidem communis lex dicitur ad omnes casus, cap. consuetudo* 1. *distintione, y en el capitulo* 24. *de la misma tercera parte num.* 14. *y en la l.* 19. *tit.* 11. *lib.* 5. *glos.* 2. *num.* 5. *&* 6. ttata quando la ley correctoria, y penal se debe estender *nempe quando adest omnimoda ratio*, que entonces se debe extender *ad casus similes*; ibi: *Lex correctoria, & pœnalis extenditur ad casus similes eamdem, vel maiorem rationem habentes, l. his solis, C. de reuocand. donation. l. cum Mulier, ff. de secundo Matrimonio, hac enim in specie non dicitur extensio vbi est omnimoda ratio, sed dicitur expressa sanctio, seu dispositio, vt probatur in l. quædam, §. nummularius, ff de edendo, l. nominis, §. verbum, ff. de verb. significat. y al num.* 7. *quoniam ipsamet ratio in lege expressa dicitur lex, sicut omnia per eamdem legem disposita.*

78. A todo lo qual se añade, que no siendo, como no es la ley del Reyno correctoria, ni penal; pero aunque lo fuesse, se debia ampliar, y extender por mirar como mira à el bien publico la contribucion de este derecho, Azev. *in l.* 2. *tit.* 1. *lib.* 5. *num.* 4. y que esta contribucion

no

no ſea odioſa, ſino favorable, lo prueba Lazarte, y Gutierr. *quæſt. 6. per totam*, por mirar á la publica vtilidad, y defenſa de los Reynos, y religion, *vt ait Gutierr. d. q. n.* 6. ibi: *Quando quidem in totius vniuerſi, & Chriſtianæ religionis fauorem conuertatur gabella, & ad defenſionem fidei, & ea, quæ tradit Montalvus in l. 50. tit. 6. part.* 1. y por eſta cauſa defiende que es vn derecho juſto, y que obliga en conciencia ſu contribucion por traer ſu origen de derecho Divino, como lo nota *el P. Soto lib. 3. de iuſtitia & iure q. 6. n. 7.* y *de San Pablo cap.* 13. *ad Romanos*, en que llama à los Reyes miniſtros de Dios, y que con juſta razon ſe le deben los tributos, como ſe refiere *en el cap. 2. de cenſib.* y Jeſu Chriſto nueſtro Señor pagò tributo à el Ceſſar, y aconſejò que ſe pagaſſe *à el cap. 22. de S. Mathea reddite quæ ſunt Cæſſaris, Cæſſari*: y tambien por el derecho de las gentes, por averſe introducido, y eſtablecido en los Imperios, y Reynos eſte derecho, como ſe prueba *ex l. ex hoc iure, ff. de iuſtitia & iure*, ibi: *Regna condita*, y ſin los tributos no ſe pueden mantener las Monarquias, *vt tradit Menchaca lib. 1. quæſtion. illuſtr. cap. 41. n. 29. Lazarte in præfat. num.* 30. y en el derecho comun ſe haze mencion de las contribuciones, que ſe pagaban à los Romanos en los titulos del Codigo *de vectigalibus de cenſibus, & cenſitoribus*, y *en el de iure emphitheutico, y del laudemio* de que ſe pagaba la quinquageſſima que oy permanece en muchos Reynos, y Provincias, y ſe cobra conforme la coſtumbre de cada region. Y en el Digeſto tambien ſe haze mencion de los tributos que ſe pagaban de la venta de los eſclavos, que à los principios la pagaba el comprador, y deſpues por conſtitucion de Neron el vendedor, *vt tradit Lazart. in præf. num.* 16. y *Vlpiano en la l. debet, ff. de ædilitio edicto*, haze mencion de la cantidad que ſe pagaba à el fiſco por el vendedor, lo qual era en tiempo del Emperador Alexandro Severo, en cuyo tiempo floreciò eſte Iuriſconſulto, ſiendo Prefecto Pretorio, y privado ſuyo, como lo refiere Don Pedro Mexia en la vida de eſte Emperador, en la Hiſtoria de los Ceſſares. De todo lo qual ſe deduce, que las leyes, que de eſte derecho

recho hablan ſon favorables, y no odioſas iuxta *l.* 1. *C.de loco publico*, por cuya razon los que lo defraudan no ſe excuſan en el fuero de la conciencia de pagarlo, vt tradit *Gutierr. cap.*3. *nu.*29. y eſtàn obligados à la reſtitucion por ſer tributo antiguo, juſto, y admitido, y recibido con larga coſtumbre, á diferencia de otros nuevos impueſtos, en que ſe duda de lo juſto de ſu impoſicion, ipſe Gutierr. *d. q.* 90. *num.*6.

80. Por lo que toca à el ſeñor Salgado no ay neceſſidad de la ſatisfacion, porque aunque hizo mencion de eſta materia en la 3. *part. del lab. cap.* 11. *num.* 12. *verſic. hactenus ſupra dicta*, donde refiere la doctrina de Lazart. y que varonilmente defendió la opinion negativa, y que del miſmo ſentir fue Gutierrez, con el fundamento de que no era venta, y que del remate, y ſubhaſtacion fecha en vn tercero, ò en el miſmo acreedor ſe debia pagar, porque ſe reconoce del contexto de ſus palabras no aprobò, ni reprobò la opinion, ſino ſolo la refiriò para deducir del vltimo caſo, nempe que de el remate ſe debia alcabala, la doctrina con que prueba la queſtion, que antecedentemente avia exitado; y eſto ſe colige del verſiculo ſiguiente, que empieza *hinc vt ad noſtrum propoſitum accedamus*, de que ſe reconoce que hizo digreſſion de la queſtion que eſtava controvirtiendo, y que no aſſintiò à la opinion de Lazarte, y Gutierrez, aunque la refiriò, antes ſi es de ſentir contrario, como queda referido en eſte papel, pues funda que la dacion, y adjudicacion, no ſolo es paga, ſino contracto, y venta, como lo trata en la 1. *part. cap.* 18. *num.* 3. y en otras muchas partes que lo repite, y en eſpecial en el tratado de *retent. en la* 2. *part. cap.* 18. donde latiſſimamente trata eſta materia. Con que queda ſatisfecho á los fundamentos contrarios.

81. Alegaſe tambien por el Convento el eſtilo, y practica de eſta Real Audiencia de no averſe pagado alcabala de las adjudicaciones, comprobandolo con los exemplares que ha preſentado, todo lo qual no puede embarazar, por no deberſe governar eſta materia por eſtilo,

eſtilo, ni practica, por no ſer baſtante para eximir de la paga, pues conforme la *l. 2. tit. 18. lib. 9. recop.* ni la coſtumbre immemorial es baſtante para preſcrivir eſte derecho, aunq̃ fueſſe á viſta ſciencia, y paciencia del Rey, y de ſus Miniſtros por ſer neceſſario privilegio, ita *tradit Gutierr. q. 5. de gabell. num. 6.* ibi: *Tenendum eſt proculdubio, contrarium in iudicando, & conſulendo, imo quod hæc regalia, ſcilicet, las alcabalas del Rey, nullo vnquam tempore; etiam immemoriali ab alijs contra Reges noſtros præſcribantur, aut adquiri poſſet, etiam data eius ſcientia & patientia & conſuetudine immemoriali, vt ad litteram habemus longam legem hoc decidentem nempe l. 2. tit. 15. de las præſcriptiones lib. 4. recop.* ibi: *Por ſer como es injuſta (ſcilicet la coſtumbre immemorial en contrario) y ſin razon, y damnoſa al bien, y pro comun de mis ſubditos, por el grande daño que ellos, de ello reciben*; y por toda la queſtion proſigue fundando, que eſta coſtumbre, y poſſeſſion immemorial de no pagar, aunque ſe pruebe con los requiſitos que diſpone la ley de Toro noes baſtante para preſcrivir, *& idē Lazart. cap. 19. num. 7.* donde reprueba eſta coſtumbre por no aver tenido juſto principio, y ſer irracionable, *quæ non eſt conſuetudo, ſed corruptela, & ita D. Salg. de regia protect. 1. p. cap. 1. num. 32.* por lo qual no puede dar juſto titulo, ni buena fee, aſſi le llama el derecho abuſſo, y corruptela *cap. fin. de conſuet.*

82. Y eſto ſe esfuerça mas, conq̃ aunq̃ ſe probaſſe la dicha coſtumbre immemorial, que no ſe prueba, ni huvieſſe ley expreſſa que la excluyeſſe, y ſe probaſſe con los requiſitos que diſpone el derecho, no podia hazer fuerça ſiendo poſſeſſion de negativa; pues ſiendo acto de no pagar, para que le perjudicaſſe à el fiſco, era preciſſo que ſe juſtificaſſe que en algun tiempo ſe avian pedido, y que ſe huvieſſe contradicho por la parte, y ſe huvieſſe denegado, y que el Recaudador, ó Arrendador tuvieſſe aquieſciencia *iuxta gloſſam, in l. qui luminibus, verbo formam, ff. de ſeruit. vrbanòr. præd.* como en materia de diezmos, q̃ aunque ſe goviernan por reglas del derecho Canonico, tienen ſemejança con eſte derecho; vt *tradit*

Noguerol alleg.39.num.43. ibi: *Quibus adstipulatur animavertere, actum non soluendi dicimus esse negativum, & adhoc quod fisco aliquod præiudicium generare potuisset ex non solutione, necesse erat ad esse petitionem fisci super decimis, & quod Monasterium illas negaret, & fiscus huic contradictioni acquiecisset iuxta glos. in d.l. qui luminibus.* Ni los exemplares que se han presentado prueban por la misma razon de ser denegativa *Noguerol vbi supra*; ibi: *Vbi cum ista præscriptio sit negatiua, ideo non sufficit, quod testes dicant se non vidisse, sed debent ita coarctare negatiuam, vt concludant maximè non dicto de interpelatione soluendi, & negatione cum acquiescentia capitali, iuxta notata in l.* 1. *C. de seruitat. & aqua, & tradit Rota per Farinac. decis.*213. *num.* 4. *tom.* 2. *Posthius de manutent. obseruat.* 10. *num.* 101. *Vbi affert quandam decissionem Rotæ apud Burat. in qua Rota exclusit præscriptionem, de non soluendis decimis, quia non fuit probata acquiescentia capituli, post repugnantiam, & negationem illorum, qui debebant, soluere.* Con lo qual queda sin fuerça esta alegacion, è ineficaz la razon de los exemplares, pues en ellos, el no pagarse los derechos de alcabala, y cientos, no fue porque se huviessen denegado, sino porque no se pidieron, ni lo pretendiò el Arrendador.

83. De todo lo dicho se colige la poca probabilidad de la opinion negativa por lo debil de sus fundamentos, y variedad de sus razones, en que ninguno conviene con los otros, y haziendo resumen Betarchinio, y Parladorio en que no es contracto, sino quasi, Lazarte, que es solo paga necessaria, Gutierrez que no es venta, sino *adjudicatio pro debito*, Paz, y Rodriguez, que no es propria, y rigorosa venta, sino impropria, & similitudinaria, confessando la practica en contrario en Salamanca; Thomas Sanchez, que no se comprehende en los estatutos que de esto hablan. Y por el contrario en la afirmativa vàn todos conformes con el vnico, è incontrastable fundamento, de que es venta, y enagenacion voluntaria, *vt videre est apud Avend. Girond. Azev. Herm. Alexand. y Tiraq.* en terminos de alcabala, y laudemio, y en

en terminos ſolo de venta, y enagenacion voluntaria *Bart. Bald. Paul. de Caſtro, Fulg. referidos P. Guzman, Greg. Lopez, Matienzo, Ant. Fab. Acoſta, Ciriaco, & D. Salg.* en los lugares que quedan citados, añadiendoſe aora à *Surdo conſil.* 39. *num.* 20. *& conſil.* 49. *num.* 1. *Fontanel. deciſ.* 287. *ex num.* 2. *vſque ad* 9. *late agit, Carleual. lib.* 1. *tit.* 3. *diſp.* 1. *num.* 16.

Con lo qual queda canonizada de juſta la Pretenſion del dicho Don Fernando, de que ſe le manden pagar el Alcabala, y cientos, que pretende, en que eſpera tener buen logro ſalua in omnibus T. S. D. C. Sevilla, y Septiembre 9. de 1706.

Lic. Don Alonſo Begines de los Rios.